Heft 34 [2369] 65. Jahrgang 22. August 1936

# Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwalt Dr. Droege, unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsgruppenrates: Rechtsanwälte Dr. Hanns Fritzsche, Leipzig; Dr. Hawlitzky, Forst i. L.; Dr. Ernst Ladwig, Berlin; Dr. Ferdinand Mößmer, München; Prof. Dr. Erwin Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilhelm Scholz, Berlin; Dr. Artur Schüßler, Weinheim; Dr. Emil Schwartz, Prenzlau, und Patentanwalt Dr. Ullrich, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

## Zugabe-Psychose II

### Der Begriff der Zugabe

Fortsetzung aus JW. 1936, 2026 (Heft 30)

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Culemann, Düsseldorf

Es mehren sich die Stimmen, die für eine Beschränkung der Zugabegesetzgebung eintreten. Ob der Gesetzgeber ihnen folgt und eines Tages vorhandene Kompromißvorschriften aus der Zugabeverordnung beseitigt, oder ob er das Zugabeverbot noch verschärft, immer wird sich die Wirtschaft mit dem erklärten Willen des Gesetzgebers abfinden. Untragbar aber ist es, wenn von anderer Seite Schritte angebahnt werden, die einer Verschärfung des Zugabeverbots auf kaltem Wege gleichkommen. Nicht weniger untragbar ist es, wenn die Zugabeverordnung mißbraucht wird, um mit ihrer Hilfe die Verpflichtungsfreiheit des Kaufmanns aufzuheben und so ein Ziel zu erreichen, zu dem kein anderes Gesetz die Handhabe bietet. Es steht dem Kaufmann frei, in einem Kaufakt so viele Verpflichtungen zu übernehmen, wie er will, wofern nur die einzelnen Verpflichtungen nicht gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstoßen. Keine Bestimmung eines deutschen Gesetzes hält den Kaufmann an, die Zahl der im Kaufakt übernommenen Leistungen auf eine Nummer zu beschränken. Es gibt neben primitiven Kaufverträgen hunderttausende von Kaufakten, die zwei und mehr, ja eine ganze Fülle von Verpflichtungen dem Kaufmann auferlegen. Der Verkäufer einer Maschine braucht, kann und soll nicht die Einfachheit des Kaufaktes wählen, die für den Verkauf eines Pakets Kaffee ausreicht. Der Maschinenverkäufer wird vielfach außer der Verpflichtung zur Lieferung der Maschine die Verpflichtung übernehmen, sie einzubauen, das Einbaufundament herzustellen, zum Einbau den Ingenieur oder Montagearbeiter bereitzustellen, das Einlaufen der Maschine zu überwachen, die Schmiermittel, den Betriebsstoff für den Abruf des Käufers während zweier Jahre auf Lager zu halten, die Ersatzteile zum Preise von 75% des Listenpreises während dreier Jahre zur Verfügung zu stellen. Überdies sind dem Verschleiß besonders unterliegende Teile der Maschine nach Ablauf des ersten Jahres einmalig ohne Erteilung einer Rechnung nachzuliefern, patentierte Verbesserungen der Maschine dem Abnehmer jeweils unverzüglich anzubieten, oder, im ersten Jahre ohne Berechnung, in den nachfolgenden Jahren zum Selbstkostenpreise anzubieten, ist die Transportgefahr für die ab Werk verkaufte Maschine auf eigene Kosten, oder für Rechnung des Käufers zu versichern, dem Abnehmer eine Maschinenbruchversicherung mit oder ohne Sonderberechnung mitzuliefern. Die Maschine, falls innerhalb eines Jahres grundlegende technische Neuerungen zur Erfindung kommen, kostenlos oder zum reinen Selbstkostenpreise auszuwechseln, oder die alte Maschine zum doppelten des Börsenschrottpreises zurückzunehmen. Ersatzteile im Werte bis zu 20 RM sind laufend unentgeltlich zu liefern usw. Sache des Verkäufers ist es, so geartete und so viele Verpflichtungen anzubieten, wie nach seiner Ansicht erforderlich sind, um durch den Kaufakt alle übersehbaren und erfüllbaren Bedürfnisse des Käufers soweit wie möglich zu erfassen und zu befriedigen.

Diese Zusammenstellung der Verpflichtungen macht das Wesen des Kaufmannes aus. Sie unterscheidet ihn von dem Verteiler, zu dem eine beklagenswerte Ausdrucksweise den Kaufmann herabzuwürdigen drohte. Es bedarf keiner Kaufleute, um Waren zu verteilen. Dazu genügen Automaten oder, wenn man will, ungeschulte Kräfte, Menschen ohne Initiative, ohne Geist, ja ohne Ausbildung. Man hat allen Ernstes die These aufgestellt, daß jede weitere Verpflichtung, die der Kaufmann über das bloße Abgeben der Ware hinaus übernimmt, als „zweite Leistung" eine Zugabe darstelle, so daß nur noch zu prüfen sei, ob die zweite Leistung ausnahmsweise durch die Ziffern a bis g der Zugabeverordnung geduldet werde. Eine solche Betrachtung macht in der Tat den deutschen Kaufmann zu dem, was zu sein er ablehnt, zu einem bloßen Warenverteiler, zu einem Glied der Volkswirtschaft, das nur mechanische Aufgaben zu lösen hat, das aber darüber sich keinerlei Sorgen zu machen braucht, wie der Gebrauch des von ihm verteilten Erzeugnisses geleitet, gefördert, gesichert werden muß oder könnte. Es hat Zeiten gegeben, in denen man sich darüber klar war, daß der Wert des Kaufmannes in der Pioniertätigkeit liegt, die er an der deutschen Wirtschaft, vor allem aber zugunsten der durch ihn Belieferten von gestern, heute und morgen ausübt. Man war sehr stolz darauf, als es eines Tages gelang, das Fremdwort von der Pioniertätigkeit in das deutsche Wort vom „Dienst am Kunden" zu übersetzen. Heute aber wird manchmal nichts argwöhnischer betrachtet als dieser Dienst am Kunden. Keine wirtschaftliche Funktion muß sich so grenzenlos oft das am meisten mißbrauchte Wort „unlauterer Wettbewerb" sagen lassen als die Betreuung des Kunden. Wir hätten es weit genug gebracht, wenn alle Leistungen, die der Kaufmann über das bloße Abgeben der Ware hinaus dem Kunden gegen besonderes oder gegen einkalkuliertes Entgelt oder unentgeltlich darbringt, auf

die Waage des Zugabegesetzes gelegt werden müßten, das unter Führung eines Reichsausschusses für das Zugabeverbot gefordert und als typisches Kompromißgesetz geschaffen wurde. Wieweit zwei Kaufleute oder ein Kaufmann und ein Industrieller, oder ein Kaufmann und ein Verbraucher den Rahmen ihres Kaufvertrages ziehen dürften, darüber zu entscheiden wäre damit mit einem Male in das Ermessen derjenigen Stellen gelegt, die in Fragen der Zugabe eine Zuständigkeit besitzen oder sich zuschreiben. Diese Stellen hätten, wofern sich nicht der Kaufvertrag als einaktiges Geschäft ausweist, nur noch darüber zu befinden, ob die weiteren Verpflichtungen, mit denen über die Lieferung der Ware hinaus der Kaufakt ausgestattet ist, durch die Nadelöhre der Ausnahmevorschriften in Abs. 2 § 1 ZugabeVO. gehen oder nicht gehen. Von der zweiten Verpflichtung ab würde der Inhalt des Kaufvertrages zu verwerfen sein, soweit nicht für jede einzelne Verpflichtung, von der zweiten ab gerechnet, der Verkäufer beweisen kann, daß es sich um eine „handelsübliche Nebenleistung" handelt, oder um eine Erteilung von Ratschlägen, oder vielleicht um eine geringwertige Kleinigkeit. Was dem deutschen Kaufmannsstande bevorstände, wenn nur noch die Verpflichtungen für zulässig angesehen werden dürften, die das Feuer der Handelsüblichkeitsprobe bestanden haben, darüber belehrt die Erläuterung von Gottschick zum Begriff der handelsüblichen Nebenleistung (Das Zugabeverbot 1933 S. 44): „Jedes Zusenden einer Ware, die Zusammensetzung und Aufstellung eines gekauften Kleiderschranks ist Nebenleistung. Für die Frage, wann die Gewährung von Zubehör oder Nebenleistungen ohne besondere Berechnung handelsüblich ist, läßt sich bei der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse eine allgemein gültige Norm nicht aufstellen. Sie wird vielfach auch örtlich verschieden beurteilt werden. In Wirtschaftskreisen ist die Befürchtung laut geworden, daß sich als Folge der vom Zugabewesen auferlegten Beschränkungen auf dem Gebiete des Zubehörs und der Nebenleistungen Geschäftsgepflogenheiten einbürgern könnten, die von der Gesamtheit der Berufsgenossen als Last empfunden werden müßten. Demgegenüber ist zu bemerken, daß eine enge Auslegung schon in Rücksicht auf das den Ausnahmen vorangestellte grundsätzliche Zugabeverbot notwendig erscheint. Die Ausnahmen sollen selbstverständlich nicht eine Umgehung des Verbots ermöglichen. Dieser Gesichtspunkt darf bei der Prüfung von Gepflogenheiten, für die die Handelsüblichkeit in Anspruch genommen wird, nicht außer Betracht bleiben. Wie eng die Verordnung diese Ausnahme verstanden wissen will, zeigen die in der amtlichen Begründung gegebenen Beispiele: ‚Eine dem Üblichen entsprechende Verpackung der Ware, eine Nebenleistung wie die unentgeltliche Zusendung der Ware u. dgl. sind nicht zu beanstanden; ihre Zulassung gibt zu Mißbräuchen keinen Anlaß.' Eine gewisse Garantie dafür, daß hier nicht Gepflogenheiten Anerkennung finden, die von der Wirtschaft als Mißbrauch empfunden werden, bietet übrigens gerade die Beschränkung auf das Handelsübliche. Denn die Frage, ob die Handelsüblichkeit bejaht werden kann, wird regelmäßig ohne gutachtliche Mitwirkung sachverständiger Vertreter der Wirtschaft (Industrie- und Handelskammern) gar nicht zu entscheiden sein."

Gänzlich unvorstellbar ist die Zahl der Rechtsstreitigkeiten, die die Prüfung der Frage, ob die zweite und folgende Leistung sich als handelsübliche Nebenleistung ausweisen kann, hervorrufen würde. Noch trostloser aber wäre das Ergebnis aller dieser Rechtsstreitigkeiten, in denen darüber befunden wird, ob der zweiten und auch der dritten und auch der vierten und ebenso allen folgenden Leistungen der Passierschein der handelsüblichen Nebenleistung ausgestellt werden kann. Die Zugabeverordnung würde, wie es Wendlandt im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer, Berlin 1936, S. 858 ausdrückt, „zu einem Zwangskartellgesetz für das gesamte Wirtschaftsgebiet" werden, „zu einer generellen Marktordnung, die die Lieferungsbedingungen ein für allemal auf die handelsübliche festlegt, jede Abweichung unter Strafe stellt, und damit nicht zuletzt auch entscheidend in die Preisfreiheit eingreift". Wendlandt begründet:

„Die Zugabeverordnung gilt für alle Wirtschaftsstufen, nicht nur beim Verkauf an den letzten Verbraucher, sondern auch im Verkehr zwischen Hersteller, Großhändler und Einzelhändler. Wird nun jede Abweichung des Vertragsinhalts vom Handelsüblichen zugunsten des Abnehmers als Zugabe angesehen, so sind damit praktisch alle Lieferungsverträge auf das Handelsübliche genormt, und jeder Verkäufer ist gehalten, das Handelsübliche bei Meidung von Strafe innezuhalten. Beinahe jede Vertragsbestimmung, die den Abnehmer günstiger stellt, als das in der Regel der Fall ist, kann dann in konsequenter Durchführung dieser Gedankengänge als Verstoß gegen die Zugabeverordnung gewertet werden. Damit sind wir dann praktisch zu dem Rechtszustand gelangt, der gewöhnlich oberster Grundsatz der Kartellverträge ist und in ihnen so formuliert wird: ‚Die Gewährung irgendwelcher Sondervorteile bei den im Kartellvertrag geregelten Lieferungen ist verboten.' Nur tritt dann an die Stelle der Regelung durch den Kartellvertrag als Norm, von der nicht abgewichen werden darf, der handelsübliche Inhalt des Lieferungsvertrages in dem betreffenden Geschäftszweige."

Diese Begründung bedarf keines Zusatzes und keiner Erläuterung; wohl ist es wünschenswert, die Beispiele kennenzulernen, an denen sich nach Wendlandt die These von dem Zugabecharakter der zweiten und folgenden Leistung bereits zu betätigen versucht hat.

1. Fall: Der Verkäufer übernimmt eine Mängelhaftung, die über den Rahmen der gesetzlichen und der handelsüblichen Haftung hinausgeht. Er garantiert auf unbestimmte Zeit für die Tauglichkeit einer Kaufsache und verspricht Reparatur, notfalls kostenlosen Ersatz bei Beschädigung. Sowohl die zeitliche Unbeschränktheit der Tauglichkeitsgarantie als auch die Befristung über die gesetzliche, zum mindesten aber über die handelsübliche Garantiezeit hinaus, als auch die Verpflichtung, bei Beschädigung der Kaufsache kostenlosen Ersatz zu leisten, hat man bereits als Zugabe im Sinne der Zugabeverordnung bezeichnet und als nicht unter die Ausnahmebestimmung des Abs. 2d § 1 fallend, verboten.

Ein weiterer Fall ist der, daß der Kunde die Ware frei Haus geliefert bekommt. Wo eine solche Frei-Haus-Lieferung nicht handelsüblich ist, hat man in ihr gleichfalls eine verbotene Zugabe erblickt.

In einer dritten Gruppe von Fällen bedarf der Käufer noch einer Montage der Kaufsache, um sie in Benutzung nehmen zu können. In wiederholten Fällen, in denen diese Montagekosten nicht in der Rechnung gesondert ausgewiesen worden sind, hat man eine verbotene Zugabe als vorliegend angesehen. Zum ersten Beispiel führen Wendlandt a. a. O. und Hecht-Kümpfel, Der Wettbewerb, S. 590 ff. aus: Bei dem Verkauf eines Gegenstandes mit verlängerter Garantiefrist oder mit Ersatzverpflichtung handelt es sich um unselbständige Teile eines Kaufvertrages. Beides ist Inhalt des Kaufvertrages, die Lieferung der Ware wie die langfristige Garantie bzw. die Ersatzleistung. Man kann „einheitliche Rechtsgeschäfte" nicht derart zerlegen, daß man sagt, der schuldrechtliche Vertrag und die Gegenleistung des Vertragspartners beziehen sich nur auf die Hauptverpflichtung, und zu deren Erfüllung wird die Erfüllung der Nebenverpflichtung, der Garantie, „zugegeben". (Zustimmend Einigungsamt Berlin in seinem Spruch v. 2. Febr. 1934 und Vorbemerkung dazu, abgedruckt im Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer Berlin v. 27. April 1935).

Eine Betrachtung, die in der verlängerten Garantie oder in der Ersatzleistung eine Zugabe zur Hauptleistung des Kaufvertrages erblickt, atomisiert ein einheitliches Schuldverhältnis und betätigt „eine rein konstruktive Betrachtungsweise, die uns heute ferner liegen sollte denn je. Sie übersieht, daß nahezu jeder schuldrechtliche Lieferungsvertrag sich in Haupt- und Nebenverpflichtungen auflösen läßt und daß diese nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rein rechtlich gesehen ein untrennbares Ganzes bilden, nämlich einen Vertrag auf Lieferung der betreffenden Sache unter den bestimmten Bedingungen. Dem Volksempfinden liegt eine solche Aufgliederung unsres Erachtens ganz fern" (Wendlandt a. a. O.).

Bei Hecht-Kümpfel a. a. O. S. 618 findet sich eine Entscheidung des Einigungsamts Berlin v. 2. Febr. 1934, das die Auffassung von Wendlandt praktisch anwendet:

„Die Beklagte gewährt auf die bei ihr gekauften Fahrräder eine Garantie. In der Gewährung der Garantie erblickt die Klägerin einen Verstoß gegen die Zugabeverordnung und verlangt Unterlassung.

Das Einigungsamt für Wettbewerbsstreitigkeiten kann der auch mehrfach in der Literatur vertretenen Ansicht der Klägerin, daß ein Garantieversprechen als unzulässige Zugabe i. S. der ZugabeVO. v. 9. März 1932 anzusehen sei, nicht folgen. Die Garantie stellt vielmehr eine besondere vertragliche Abrede dar, die einen doppelten Inhalt haben kann.

1. Der Verkäufer kann die Verpflichtung übernehmen, daß die Kaufsache innerhalb der gewährten Garantiefrist keine Mängel aufweist. Das bedeutet eine Verlängerung der gesetzlichen Gewährfrist für die Mängelhaftung über 6 Monate hinaus.

2. Der Verkäufer kann bestimmte Eigenschaften ‚garantieren', d. h. versprechen, daß Eigenschaften vorhanden sind, und sich weiter verpflichten, dafür innerhalb bestimmter Frist zu haften. Dies alles sind unselbständige Teile des Kaufvertrages, die den gesetzlichen Regeln über den Kaufvertrag unterstehen. Mithin übernimmt der Verkäufer in allen diesen Fällen nicht Pflichten, die über den Rahmen seiner Pflichten als Verkäufer hinausgehen; vielmehr werden lediglich die Pflichten des Verkäufers im Rahmen des Kaufvertrages festgelegt und über die ohnehin bestehenden gesetzlichen Vorschriften hinaus erweitert. Ein solches vertragliches Versprechen des Käufers kann aber niemals als zusätzliche Leistung zu seinen sonstigen vertraglichen Verpflichtungen angesehen werden und stellt mithin keine „Zugabe" i. S. des § 1 ZugabeVO. v. 9. März 1932 dar."

Zum zweiten Fall führt Wendlandt aus: „Wenn die (nicht handelsübliche) Lieferung frei Haus als Zugabe angesehen wird, dann wird auch hier wiederum der Fehler begangen, daß die Zugabeverordnung aus dem System des gesamten Rechts herausgehoben und — ohne jede Berechtigung — für sich allein betrachtet wird. Es ist nämlich in jedem Falle zu prüfen, wo der Erfüllungsort der Schuldverpflichtung des Verkäufers liegt. In dieser Vereinbarung sind die Parteien völlig frei, und es kann niemals der Zweck der Zugabegesetzgebung sein, daß diese Freiheit beschränkt wird. Ist als Erfüllungsort für den Verkäufer der Wohnsitz des Käufers gewählt, so erfüllt der Verkäufer mit dem Transport der Ware nur seine vertragliche Pflicht, und jede Erörterung darüber, ob hier eine Zugabe vorliegt, und ob sie als handelsübliche Nebenleistung gestattet ist, ist absurd. Nur in den Fällen überhaupt, in denen der Erfüllungsort des Verkäufers sein Wohnsitz ist, kann bei einer Versendung der Ware ohne Berechnung die Frage praktisch werden, ob eine unerlaubte Zugabe vorliegt. Nur in diesen Fällen muß festgestellt werden, ob die Zusendung als handelsübliche Nebenleistung gestattet ist" (Wendlandt S. 860 in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer, Berlin).

Zu der dritten Gruppe von Fällen, in denen eine Sache mit Montage verkauft worden ist, ist das bei der Garantie, der Ersatzleistung und der Freihaus-Lieferung Gesagte entsprechend anzuwenden. „Es geht nicht an, einen einheitlichen Vertrag zu zerlegen in Hauptverpflichtungen und Nebenverpflichtungen und dann zu sagen: Die Montageverpflichtung werde als selbständiges Zugabegeschäft neben dem Hauptgeschäft, dem Kaufvertrage, begründet, und die Erfüllung der Nebenverpflichtung werde zur Erfüllung der Hauptverpflichtung ‚zugegeben'" (Wendlandt S. 861).

Manchem mag es verfrüht erscheinen, wenn gegen den hier und da auftauchenden Versuch, die zweite Verpflichtung in den Zugabegang hineinzupressen, jetzt schon mit Deutlichkeit und Gründlichkeit Stellung genommen wird. Indessen ist Wendlandt darin zuzustimmen, daß nicht früh genug auf die Gefahren aufmerksam gemacht werden kann, die die Zugabepsychose hier hat aufkeimen lassen. Es gibt auch Kreise, denen es gar nicht unerwünscht wäre, wenn jeder Kaufakt, der über die nackte Lieferungsverpflichtung hinaus Leistungen enthält, das Tor der Handelsüblichkeitsprüfung durchlaufen müßte. Es sind die gleichen Kreise, die unter der Devise „Schutz dem Leistungsschwächsten" den Vorsprung im Wettbewerbsleben als solchen verurteilen und bekämpfen, die es dem Kaufmann schlechthin verbieten wollen, daß er sich einen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern verschafft, und die ohne Scheu und Hemmung den Kaufmann da des unlauteren Wettbewerbs zeihen, wo sein Schaffen und Wagen, sein Mühen und Opfern bezweckt oder geeignet ist, dem Konkurrenten den Rang abzulaufen. Diese Kreise wollen nicht einsehen, daß der Vorsprung an sich durchaus statthaft ist und ebenso das Anstreben des Vorsprungs; daß das Anstreben eines Vorsprungs durchaus erlaubt ist und daß es nur dann ausnahmsweise unerlaubt wird, wenn das gewählte Mittel unerlaubt ist; daß aber das Mittel lediglich dann unerlaubt ist, wenn ein Gesetz die Wahl des Mittels verbietet. Und zum anderen muß im Hinblick auf diese Kreise endlich ausgesprochen werden, daß der Kaufmann, der sich nicht täglich aufs neue einen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern zu verschaffen sucht, genau so wenig taugt wie der Soldat, der nicht in und außer Dienst unablässig bemüht ist, durch Fleiß und Mehrleistung, durch Initiative und Opferfreudigkeit alle seine Kameraden zu übertrumpfen. Wie der Beamte, der nicht sein ganzes Streben darauf richtet, durch das Ausmaß seiner Leistung, durch rücksichtslose Anspannung der Kräfte, durch letzte Selbstaufopferung alle seine Kollegen in den Schatten zu stellen. Was hat es für einen Zweck, ständig den Begriff der Höchstleistung im Munde zu führen und den zu schelten, der sie unter Beweis stellt. Höchstleistung aber ist nichts anderes als der erreichte Vorsprung vor den Mitbewerbern. Die Höchstleistung anstreben zwingt dazu, den Vorsprung vor den anderen immer wieder erneut zu gewinnen. Die Wettbewerbsrechtspolitik wird sich eines Tages zu entscheiden haben, ob sie sich auf die Bekämpfung des Vorsprungs ausrichten und der Stagnation der in der Wirtschaft wirkenden Kräfte das Feld bereiten will, oder ob sie dem Vorsprung als dem einzigen Garanten der wirtschaftlichen Zukunft freie Bahn schaffen soll.

Einstweilen aber gilt es, darüber zu wachen, daß nicht ein wettbewerbsrechtliches Nebengesetz aus dem Jahre 1932 mißbraucht wird, um den Lebensraum einzuengen, den der Kaufmannsstand braucht und haben soll, um seinen Dienst an der Wirtschaft und für das Volk tun zu können. Eine Zugabepsychose darf bei uns nicht Platz greifen, und wo sie auftaucht, ist ihr entgegenzutreten. Es sollte auch überlegt werden, ob es noch erforderlich ist, einen „Reichsausschuß für das Zugabeverbot" bestehen zu lassen, dessen Existenz und Name allein als ein rechtspolitischer Aufruf zur Verbreiterung der Vorstellungen gelesen werden kann, die sich an das Wort „Zugabe" anhängen oder knüpfen. Es kann kaum als Zufall angesehen werden, wenn Junckerstorff in AWR. 1936, S. 59 f. mit der Begründung, daß „§ 1 Abs. 1 der NotVO. v. 9. März 1923 alles auf die äußere Erscheinungsform der Wettbewerbshandlung abstellt", die Entscheidung des OLG. Hamburg v. 16. Okt. 1935, I U 150/35, O 36/35, als unzweifelhaft unrichtig bezeichnet.

Das Urteil prüft die Frage, ob das Angebot des Kaffeegroßhändlers an den Händler, ihm einen Kaffeeverkaufsschrank aus lackiertem Blech, der die Aufschrift „X.s Kaffee" und „Bis zur letzten Bohne ein Hochgenuß" trägt, zu leihen, eine Zugabe darstellt. Das Gericht lehnt es ab, die Zugabeverordnung auf dieses Angebot anzuwenden, trotzdem der Grossist den Schrank nur solchen Kleinhändlern überlasse, die von ihm Kaffee beziehen: „Denn der Schrank ist nach seiner Ausstattung offenbar dazu bestimmt, für den Kaffee der Beklagten zu werben. Daneben hat er freilich noch einen Gebrauchswert für die Kleinhändler, und auch der Werbewert kommt den Kleinhändlern insofern zugute, als ihr Absatz von X-Kaffee dadurch gefördert wird, daß der Schrank im Laden oder Schaufenster aufgestellt wird.

Der Hauptzweck, den die Beklagte mit der einmaligen Überlassung des Schrankes verfolgt, ist jedoch nicht der, dadurch im Wettbewerbe mit anderen Großhändlern den Kleinhändlern eine ihnen nützliche Zuwendung zu machen, sondern der, durch die von den Kleinhändlern vorzunehmende Aufstellung des Schrankes die Verbraucher auf ihren Kaffee hinzuweisen und bei den Verbrauchern für ihren Kaffee zu werben. Solche ‚Zuwendungen' an die Kleinhändler fallen nicht unter den Begriff der ‚Zugabe' i. S. des § 1 Abs. 1 der VO."

Die rein mathematische Betrachtung des Zugabebegriffs,

die uns bei der Würdigung der zweiten und folgenden Leistung als Zugabe auch schon entgegengetreten ist, kehrt in der Anmerkung Junckerstorffs wieder, wenn er behauptet, daß § 1 Abs. 1 ZugabeVO. alles auf die äußere Erscheinungsform der Wettbewerbshandlung abstelle und fortfährt: „Wird neben einer Ware oder Leistung eine Zugabe (Ware oder Leistung) gewährt, so fällt sie unter die oben bezeichnete Gesetzesbestimmung, ohne daß es darauf ankommt, welchem Zweck im einzelnen die Zuwendung dienen soll. Die Verbindung der Abgabe des Schranks mit der Bestellung von Kaffee erfüllt daher den Tatbestand der (verbotenen) Zugabe im Sinne der gemachten Ausführungen.“ Es kranken an einem, unserem heutigen Rechtsdenken völlig fremden, öden Formalismus sowohl die Betrachtung, die den einheitlichen Verkaufsakt atomisiert, um alsdann die Zahl der übernommenen Vertragspflichten — bei der Verpflichtung zur Lieferung des verkauften Erzeugnisses als mit Nr. 1 beginnend — zu zählen, als auch die Betrachtung, die ihr Zugabeschema für erfüllt ansieht, wofern nur überhaupt neben einem Warenlieferungsvertrag ein Leihvertrag tritt. Gewiß tritt die Leihe im Gewande der Unentgeltlichkeit auf. Aber darum ist noch nicht etwa jede Leihe eine Gabe für den Beliehenen. Überläßt der Verkäufer des elektrischen Herdes dem Käufer ein Buch über die Verwendung elektrischer Geräte im Haushalte, damit der Käufer aus dem Buch die Anregung zum Kauf weiterer elektrischer Geräte schöpfe, dann wird niemand deshalb in der Leihe eine Zugabe erblicken, weil neben der Ware, dem Herd, eine Leistung, nämlich die Leihe des Buches gewährt wird. Wer freilich davon ausgehen will, daß der Gesetzgeber mit seinen Worten: „Es ist verboten, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder einer Leistung eine Zugabe (Ware oder Leistung) zu gewähren“, alles auf die äußere Erscheinungsform der Wettbewerbshandlung abgestellt habe, der kann zu einem vernünftigen Ergebnis nicht kommen.

Begründet wird die fundamentale These, daß § 1 Abs. 1 ZugabeVO. alles auf die äußere Erscheinungsform der Wettbewerbshandlung abstelle, von Junckerstorff im AWR. ebensowenig wie in seinem Kommentar zum Rabattgesetz von Juni 1936, wo die des Beweises doch wirklich sehr bedürfende These in folgender Form auftritt: „In diesem Falle ist zu berücksichtigen, daß das Wettbewerbsrecht — und hier insbes. § 1 Abs. 1 der erwähnten Notverordnung (Zugabeverordnung) — allein auf die äußere Erscheinungsform der Wettbewerbshandlung abgestellt ist.“ Vielleicht muß auch dieser These die Häufigkeit der Wiederholung als Beweis dienen. Prüfen wir sie inzwischen auf ihre praktische Brauchbarkeit.

Der Händler, der dem Herdkäufer das Buch leiht, zwingt dem Käufer damit einen Werbeträger auf. Dieses Aufzwingen als eine Zugabe für den Empfänger anzusehen, ist lebensfremd. Und ebenso ist es ein Ausfluß mechanischer Gesetzeswürdigung, wenn die Leihe des Kaffeeverkaufsschranks als Gabe für den Händler, statt als Vorteilsgewinnung für den angesehen wird, dem dieses Leihgeschäft in erster Linie, ja vielfach ausschließlich zugute kommt. Der Kaffeehändler, wenn er eines Tages von dem Grossisten Kaffee kauft, wird regelmäßig genügend Vorrichtungen zum Verkauf von Kaffee in seinem Laden bereits besitzen. Diese Vorrichtungen sind neutral gehalten und wirken gerade vielfach dadurch wohltuend, daß sie der Reklameaufschrift entbehren, noch dazu der Aufschrift, die der Werbung eines einzelnen Grossisten oder Importeurs dient. Gerne hätte der Grossist, daß in dem Laden des Händlers eine Werbeinschrift für ihn, den Grossisten, wirbt. Das erreicht er indessen, solange er nicht in Geschäftsbeziehungen mit dem Händler steht, nicht, es sei denn, das er dem Händler eine Vergütung entrichtet. Kommt aber der Händler als Abnehmer zu ihm, dann ist die Gelegenheit da, in den Laden des Händlers einen Werbeträger zu verbringen, der dauernd für den Grossisten unentgeltlich Werbung treibt. Ganz, ohne daß der Grossist dem Händler die Bereitwilligkeit, nunmehr in seinem Laden einen Werbeträger des Grossisten aufzunehmen, entgilt, wird der Grossist sein Ziel nicht erreichen können. Er behilft sich damit, daß er nicht ein Spruchband aus Pappe, ein Emailleschild dem Händler aufdrängt, sondern einen Gegenstand, von dem auch der Händler noch Nutzen haben kann, der jedenfalls nicht überflüssig für den Händler ist. Deshalb wählt der Grossist die Leihe des Kaffeeverkaufsschranks. Daß er diese Leihe abhängig macht von dem Kauf einer bestimmten Gewichtsmenge Kaffee, das ist recht geschickt von ihm. So hat der Händler den Eindruck, daß er sich den Verkaufsschrank erringen müsse, daß die Schrank-Leihe etwas Wertvolles sei, das noch längst nicht die sämtlichen Konkurrenten des Händlers erlangen können; und der Grossist hat wenigstens für die Anfangszeit eine Gewähr dafür, daß der Verkaufsschrank nicht öde und leer im Laden des Händlers steht, sondern daß die Kunden sehen, wie aus ihm verkauft wird, also einen lebendigen Werbeeindruck empfangen.

In einem Gutachten der Handelskammer Berlin ist die entscheidende Bedeutung des Reklameartikels als Werbeträger für den Verkäufer richtig erkannt. Das Gutachten hatte die Frage zu prüfen, ob die Gewährung von Likörgläsern mit Firmenbezeichnung seitens der Likörfabriken an die Gastwirte bei gleichzeitiger Abnahme entsprechender Mengen Liköre unter das Zugabeverbot falle. Das Gutachten entschied die Frage dahin: „Die Hergabe von Likörgläsern mit Firmenbezeichnung an die entsprechenden Ausschankstätten erscheint insoweit unbedenklich, als es sich um eine erlaubte Werbung für den Firmennamen handelt“ (Hecht-Kümpfel S. 632).

Das Wettbewerbsleben bietet indessen noch andere Beispiele, die davor warnen, mechanisch zwei miteinander rechtlich verbundene Leistungen nebeneinanderzustellen und die schwächere Leistung als Zugabe aufzufassen, obwohl die Zugabe keine Gabe an den Käufer, sondern eher eine Gabe an den Verkäufer darstellt. Der Autofahrer fährt bei der Haupttankstelle eines Ölkonzerns vor und tankt 30 l. Ohne Berechnung stellt ihm die Tankstelle die Düse ein oder schenkt ihm gar eine neue Düse. Auch hier sieht es so aus, als würde zu den 30 l der Lohnkostenbetrag der Düseneinstellung zugegeben, als stellte die Gabe der Düse eine Zugabe dar. Die Tankstelle handelt aber hier nicht, um dem Fahrer eine Freude zu machen, sie handelt, um den Fahrer zum ständigen Gebrauch ihres Erzeugnisses herzurichten, oder, wenn man ganz scharf sein will, zu zwingen. Sie kündigt an: Wer unser Benzin kauft, dem stellen wir kostenlos die Düse ein. Das Einstellen verursacht Stundenlöhne von etwa 2 RM. Diesen Betrag wendet die Firma auf, um zu erreichen, daß künftighin der Kunde in dem Gebrauch dieses Benzins die höchste Rentabilität sieht und möglichst auch findet. Die Tankstelle stellt ungern einem Fahrer die Düse ein, der, ohne zu tanken, bei ihr vorfährt, denn tankt der nunmehr auf A.-Benzin eingestellte Wagen B.-Benzin, so wird der Fahrer nicht die befriedigenden Rentabilitätsfeststellungen machen, von denen die Tankstelle wünscht, daß er sie alsbald macht.

Ein letztes Beispiel bietet die Aufbereitung von Feuerungsstellen zum Verbrauch bestimmter Feuerungsstoffe. Eine Feuerungsanlage kann vielleicht alle Arten von Feuerungsstoffen verdauen. Die Forschung ergibt indessen, daß auf dem X.-Rost A.-Kohlen ihren höchsten Nutzeffekt ergeben, daß B.-Kohlen dagegen ihren höchsten Nutzeffekt nicht auf dem X.-Rost, sondern auf dem Y.-Rost erzielen. Die Lieferantin von B.-Kohlen will mit dem Besitzer eines X.-Rostes ins Geschäft kommen und ihn zum dauernden Kunden gewinnen. Der Besitzer des X.-Rostes denkt nicht daran, seinen Rost auszubauen und den Y.-Rost einzubauen. Die Lieferantin der B.-Kohle sieht sich daher veranlaßt, das für den Rostebesitzer ihrerseits zu tun. Erst jetzt ist dieser imstande, die B.-Kohlen voll auszunutzen. Der Umbau des Rostes wird unentgeltlich vorgenommen. Müßte der Rostebesitzer dafür seinerseits Mittel aufwenden, so würde er es ablehnen, einen Umbau vorzunehmen. Andererseits ist es für die Lieferantin der B.-Kohle reizlos, den Rosteumbau zu bestreiten, wenn der Rostebesitzer nicht wenigstens jetzt schon ein bestimmtes Quantum B.-Kohlen abnimmt. Auch hier könnte man theoretisch sagen: Es wird neben der Kohle eine Leistung, der Rosteumbau, gewährt. Sie tritt im Gewande der Unentgeltlichkeit auf. Die Rostelieferung ist Zugabe. Die Anwendung des Zugabebegriffes scheitert auch hier daran, daß es sich wohl um eine Zuleistung, nicht aber um eine Zugabe handelt. Mag sich auch der Rostebesitzer freuen, daß er nun einen neuen Rost bekommt, den Charakter als Gabe für den Rostebesitzer nimmt dem Rosteeinbau entscheidend der Umstand, daß der Einbau vom

Kohlenlieferanten vorgenommen wurde, nicht um dem Rostebesitzer einen Gefallen zu tun, sondern um sich selbst einen erheblichen Gefallen zu erweisen.

Unter „Gabe" versteht der Sprachgebrauch nicht alles, was einem anderen zugegeben wird, sondern nur das, was er unentgeltlich und zu seiner Bevorteilung empfängt. Nur wenn die — nicht einmal von dem Versuch einer Begründung begleitete — Zwecktheſe richtig ist, daß das Wettbewerbsrecht und insbes. § 1 Abs. 1 ZugabeVO. alles auf die äußere Erscheinungsform der Wettbewerbshandlung abstellt, nur dann kann der Versuch gelingen, den äußeren Vorgang des Gebens bereits als Gabe hinzustellen und das neben einer Lieferung oder Leistung erfolgende Geben ohne Rücksicht auf Charakter und Zweck dieses Gebens als Zugabe zu erfassen und zu verbieten. Setzt diese mechanische Betrachtungsweise sich durch, dann ist das Zeitalter der Zugabejuristen gekommen. Ihnen wird es obliegen, darüber zu befinden, ob dem Geben das Plazet der Handelsüblichkeit erteilt werden kann, ob gestattet werden soll, daß der Träger des Fortschritts in einem Gewerbezweig ausnahmsweise einmal eine bisher ungekannte Leistung einführen darf.

Was das für die wirtschaftliche Entwicklung bedeutet, kann nicht früh genug aufgezeigt werden. Wollen wir wirklich vor den Fortschritt die Genehmigung setzen? Soll ernsthaft die Handelsüblichkeit zur gesetzlichen Zwangsregel, die neue Leistung zur verdächtigen, der Genehmigung bedürfenden Ausnahme gestempelt werden? Müssen die Juristen unbedingt den Anspruch erheben, daß das Neuartige zuvor durch sie zugelassen werde? Das unterliegt doch wohl den ernsthaftesten Zweifeln. Solche Zweifel läßt indessen das AWR. nicht erkennen, wenn das Juniheft 1936 unter der Rubrik „Aus dem Zugaberecht" sagt:

„Gelegentlich lassen Braunkohlenhändler Bäckern unentgeltlich neue Roststäbe in Backöfen einsetzen, die ursprünglich nur für Steinkohlenfeuerung eingerichtet waren. Das Einsetzen der Roststäbe ist erforderlich, um eine wirtschaftliche Ausnutzung der Braunkohlenbriketts zu ermöglichen. Dieses Verfahren verstößt u. E., insbes. nach der neuesten Rechtsprechung des RG. (vgl. Urteil v. 10. Dez. 1935, Arch. f. Wettbewerbsrecht, 1936, 2. Heft, S. 32 ff.), gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 ZugabeVO. Das Einsetzen der Roststäbe stellt hier eine Zugabe zu den bereits erfolgten bzw. später erfolgenden Braunkohlenlieferungen dar."

Hier fehlt jede Untersuchung der Frage, ob der Rostumbau gegeben wird, um den Bäcker zu bevorteilen, oder ob Grund und Ziel des Gebens die Bevorteilung des Kohlenhändlers ist; ob hier also überhaupt eine Gabe vorliegt oder eine im Interesse des Händlers erfolgende Aufbereitung der technischen Absatzvoraussetzungen. Das RGUrteil v. 10. Dez. 1935 aber befaßt sich ausschließlich mit einer Gabe für den Kunden, deren Zweck nicht die Herbeiführung der Verbrauchsfähigkeit, sondern die Beschenkung des Abnehmers ist, um durch die Beschenkung den Kunden psychologisch zu beeinflussen. Das RGUrteil ist demnach kein Zeuge, erst recht nicht ein Kronzeuge für die Richtigkeit der AWR.-Bemerkung. Das „unseres Ermessens" allein kann freilich die kühnste These nicht stützen.

Das Kohlenbeispiel führt wieder zurück zu der Pioniertätigkeit des Kaufmannes. Wie viele Erzeugnisse, welche Unzahl technischer Neuerungen würden niemals einen Markt gefunden haben, hätte nicht der Kaufmann für ihre Durchsetzung unendliche Mühen und Kosten aufgewendet. Das Wesen des Kaufmannes und seine Aufgaben erschöpfen sich nie und nimmer darin, daß er Waren verteilt. Mit Recht wehrt sich Dr. Luer, der Führer der Reichsgruppe Handel, dagegen, daß auch nur der, der lediglich Handel treibt, nicht produziert, als Verteiler bezeichnet wird. Von dem Kaufmann verlangen wir viel mehr als das Liefern. Er soll den Markt aufbereiten, die Verbrauchsfähigkeit herstellen, die Verbrauchsbereitschaft schaffen. Und er soll alle diejenigen Verpflichtungen auf sich nehmen, die zur Erreichung dieser Ziele technisch und psychologisch erforderlich oder auch nur wünschenswert sind. Kein Zugabegesetz darf ihm dabei hindernd im Wege stehen. Keine Rechtsmathematik, keine Buchstabenjurisprudenz haben dem Kaufmann den Weg zur Wahrnehmung der Aufgaben zu versperren, die es rechtfertigen und lohnen, ein Kaufmann zu sein. Wir müssen uns frei machen von der Zugabepsychose, frei machen auch von der Vorstellung, als habe der Gesetzgeber für jeden, aber auch jeden erdenklichen Vorgang, den gestern, heute oder morgen das Wirtschaftsleben hervorbringt, bereits eine Regelung, ein Gebot oder Verbot bereitgelegt. Das Gesetz regelt nur eine Reihe von bereits beobachteten oder als möglich ins Auge gefaßten Mißständen. Von diesen abgesehen, läßt das Gesetz der kaufmännischen Betätigung in Gegenwart und Zukunft freien Raum. Es denkt nicht daran, das Neuartige, die zukünftige Entwicklung als Ausnahme anzusehen, das Normale als vorgeschrieben, das Abweichende und das Kommende aber als grundsätzlich verboten und nur als infolge besonderer Ausnahmebestimmungen gegebenenfalls statthaft zu behandeln.

Es ist nicht die Aufgabe von Juristen, Rechtshemmnisse zu erfinden und dem deutschen Kaufmann den Mut zu nehmen. Der Kaufmann soll Glauben und Hoffnung behalten. Die Freiheit des Wirtschaftens muß weiterleben. Denn ewiger als Paragraphen und Konstruktionen ist der Gedankenflug des schöpferischen Menschen und seine Tat.

---

# Der Ausschluß von Nichtigkeits- oder Anfechtungseinwänden bei Zweckspardarlehen

## Ein Beitrag zur Frage der Rechtsbeständigkeit von Darlehensverträgen

Von Assessor Hans Kahlert, Berlin

### I.

Gemäß § 1 Abs. 2 Ges. über die Auflösung der Zwecksparunternehmungen v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1457 ff.) (nachstehend kurz AuflösG. genannt) sind alle Zwecksparunternehmungen kraft Gesetzes aufgelöst worden und in Zwangsliquidation getreten, soweit ihnen nicht vor diesem Zeitpunkt von dem Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen der Geschäftsbetrieb mit auflösender Wirkung untersagt worden war oder sie sich nicht bereits aus anderen Gründen in Liquidation oder Konkurs befanden[1]).

[1]) Über das Auflösungsrecht vgl. Froreich-Schmidt, Die Liquidation der Zwecksparunternehmungen nach dem AuflösG. vom 13. Dez. 1935, Berlin 1936; Kahlert: JW. 1936, 293 ff., 1025 ff. und 1729 ff.; Loenicker: Sparkasse 1936 H. 7 S. 101 ff. und Nr. 8 S. 121 ff.

Das Zwecksparwesen ist damit beseitigt. Der Geschäftsbetrieb der Zwecksparunternehmungen war darauf gerichtet, durch die Leistungen mehrerer Sparer ein Vermögen aufzubringen, aus dem die einzelnen Sparer ein Darlehen erhalten sollten oder das dazu verwendet werden sollte, ihnen Gegenstände auf Kredit zu verschaffen (§ 1 Abs. 1 Ges. über Zwecksparunternehmungen v. 17. Mai 1933 [RGBl. I, 269], nachstehend kurz ZwecksparG. genannt). Die aus dem aufgekommenen Sparvermögen ausgegebenen Darlehen mußten getilgt werden. Die Tilgungsrückflüsse dienten alsdann zusammen mit den durch den Hinzutritt neuer Sparer aufkommenden Sparbeiträgen wiederum dazu, den auf die Zuteilung ihrer Darlehen wartenden Sparern die bei der Unternehmung beantragten Sparvertragssummen zur darlehensweisen Verfügung zu stellen. Daraus ergab sich theoretisch für den Vermögensstand der einzelnen Unternehmungen, daß

die ausstehenden Darlehen den eingezahlten Nettosparbeiträgen (Sparguthaben) als Deckung gegenüberstanden[1a]). Wenngleich die Ansprüche auf Rückzahlung der ausgegebenen Darlehen formalrechtlich der jeweiligen Zwecksparunternehmung zustanden, so gehörte doch das aktive Zwecksparvermögen wirtschaftlich den Sparern, die auf die Zuteilung ihrer Darlehen warteten. Dementsprechend war auch die geschäftsplanwidrige Verfügung über Zuteilungsmittel als Untreue strafbar (§ 20 ZwecksparG.).

II.

Mit der Auflösung aller Zwecksparunternehmungen sind sämtliche Ansprüche auf Auszahlung von Darlehen gegen die Zwecksparunternehmung erloschen. Die Sparer erhalten ihre reinen Sparguthaben von der Unternehmung zurück (§ 4 Abs. 2 Satz 1 AuflösG.). Als Befriedigungsobjekt stehen den Sparguthabenforderungen die Rückzahlungsansprüche auf die ausgegebenen Darlehen gegenüber. In verschiedenen Fällen haben sich nun Darlehensnehmer geweigert, die Darlehen in der vertragsmäßigen Weise zu tilgen, indem sie die Anfechtbarkeit oder die Nichtigkeit der Darlehens- und Sicherungsübereignungsverträge aus den verschiedensten Rechtsgründen heraus geltend zu machen versuchten. Das Auflösungsrecht hat die Frage der Anfechtung oder Nichtigkeit von Darlehensverträgen positiv-rechtlich nicht geregelt. Gleichwohl ist es für die Befriedigung der Guthabensparer davon ausgegangen, daß deren Forderungen zum wesentlichen Teil oder sogar gänzlich aus den Darlehensrückflüssen zu begleichen sind; und zwar auf dem Wege über eine öffentliche Sparkasse, die die Guthabenforderungen auf Ersuchen des Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen auszahlt und ihre hieraus gegen die Zwecksparunternehmungen entstehende Rückgriffsforderung aus den ausgegebenen Darlehen deckt, an denen ihr ein gesetzliches Pfandrecht zusteht.

Welche Folge ergibt sich nun, wenn Darlehensnehmer ihre mit einer Unternehmung geschlossenen Darlehensverträge anfechten oder deren Nichtigkeit geltend machen? Ist nach Sach- und Rechtslage die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Darlehensvertrages gegeben, so verliert die Unternehmung den Rückzahlungsanspruch aus dem Vertrage. Ihr verbleibt allenfalls der Anspruch auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Darlehensnehmer, der jedoch meistens wegen des Wegfalls der Bereicherung bei dem Darlehensnehmer ohne Bedeutung sein wird. Das aktive Zwecksparvermögen wird dementsprechend gemindert. Den Verlust im Darlehensstock würden, wie die tatsächlichen Verhältnisse im Zwecksparwesen ergeben, diejenigen Sparer erleiden, die auf die Rückzahlung ihrer Sparguthaben warten, während die einzig vertretbare Schadenstragung durch den Vertragspartner und Anfechtungsgegner nicht eintreten kann, da ohnehin dessen ganzes Vermögen oder zum wesentlichen Teil bereits der Befriedigung der Sparer zu dienen hat.

Das Auflösungsrecht hat in § 4 Abs. 2 Satz 1 AuflösG. bestimmt, daß die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von nicht ausgezahlten Sparverträgen nicht mehr geltend gemacht werden kann (analog der Regelung für die sogenannten alten Liquidationen[2]) gemäß Art. 3 der Durchf- und ErgVO. über die vereinfachte Abwicklung v. 9. Juni 1933 [RGBl. I, 372], nachstehend kurz VAbwVO. genannt), so daß die gleichmäßige nicht bevorrechtigte Befriedigung aller Sparer zu erfolgen hat[3]), eine Bestimmung, die dem oft genannten Grundsatz von der Schicksalsgemeinschaft der bei einer Zwecksparunternehmung zusammengeschlossenen Sparer entspricht. Eine entsprechende Bestimmung für die Darlehensnehmer ist dagegen nicht ausdrücklich aufgenommen worden. Nur in einigen besonderen Bestimmungen sind die Darlehensnehmer gesetzlich erfaßt worden.

a) Die Zuteilung der sogenannten Staffeldarlehen gilt als nicht erfolgt (§ 4 Abs. 4 AuflösG. in Verbindung mit Art. 2 der Durchf- und ErgVO. über die Auflösung der Zwecksparunternehmungen v. 12. März 1936 [RGBl. I, 149, 162 ff.], nachstehend kurz AuflösVO. genannt). Ein Staffeldarlehen liegt vor, wenn der Darlehensbetrag nicht in bar an den Darlehensnehmer ausbezahlt, sondern als Sparleistung auf einen weiteren Sparvertrag umgebucht oder verrechnet worden ist[4]). Der Gesetzgeber hat es dementsprechend gemißbilligt, daß jemand eine Darlehensschuld tilgen muß, obwohl er ein bares Darlehen nicht erhalten hat.

b) Weiterhin hat das Gesetz eine besondere Regelung für die sogenannten Zwischenkredite und Teildarlehen vorgesehen. Hat ein Sparer einen baren Zwischenkredit oder ein bares Teilzwecksparדarlehen erhalten, so muß er es ohne Rücksicht auf abweichende vertragliche Vereinbarungen über die Fälligkeit schon jetzt tilgen, ohne einwenden zu können, daß ihm das volle beantragte Zwecksparдarlehen noch nicht ausbezahlt sei (vgl. Art. 7 Abs. 1—3 AuflösVO.)[5]).

III.

Kann angesichts der geschilderten Rechts- und Tatsachenlage die Anfechtung oder die Geltendmachung der Nichtigkeit eines bar ausgezahlten Zwecksparдarlehens zugelassen werden, selbst wenn die Gründe für eine Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit an sich vorhanden sein sollten? Hier streiten zwei entgegengesetzte Grundsätze um ihre Geltung: Einerseits die Durchsetzung individueller Rechtsbehelfe (Anfechtung, Geltendmachung der Nichtigkeit, Erfüllungsverweigerung, Zurückbehaltungsrecht usw.) und zum anderen die Abschneidung einer solchen Rechtsverteidigung und Anspruchsabwehr im Interesse einer Gemeinschaft, die allein den Schaden aus dem individuellen Vorgehen haben würde. Über diesen Widerstreit der Grundsätze hat das AG. Hamburg in verschiedenen Fällen bahnbrechende Entscheidungen gefällt, die dem zuletzt genannten Grundsatz zugunsten der Gemeinschaft zum Siege verhalfen. Es handelt sich in den vom AG. Hamburg entschiedenen Fällen um die Anfechtung von Zwecksparverträgen in einem Liquidationsstadium, wo der Ausschluß der Anfechtung oder Nichtigkeit der Verträge mangels Anordnung der vereinfachten Abwicklung (vgl. Art. 3 VAbwVO.) gesetzlich nicht festgelegt war. Das AG. Hamburg hat die Ausübung des Anfechtungsrechts für unzulässig erklärt. Die maßgebenden Entscheidungsgründe lauten wie folgt[6]):

„Bei richtiger Betrachtung sind die Beanstandungen der Kl. gar nicht individueller Art, d. h. solche, die nur die Kl. oder im weiteren Sinne die Sparer der Bekl. betroffen haben. Alles das, was die Kl. vortragen, ist vielmehr eine durchaus zutreffende Charakterisierung der Mängel, die mit der im weitestgehenden Umfang hervorgetretenen Entartung des Zwecksparwesens typisch verbunden sind. Es handelt sich also bei den von den Kl. hervorgehobenen Mißständen nicht um vereinzelte Vorgänge, sondern um einen allgemeinen Notstand, der gerade der Anlaß zu der umfangreichen Gesetzgebung zu dem Zwecksparwesen geworden ist und den § 15 Abs. 1 Ges. v. 17. Mai 1933 zutreffend dahin umreißt: Handelt eine Zwecksparunternehmung fortgesetzt den Pflichten zuwider, die ihr nach dem Gesetz obliegen, oder ergeben sich so schwere Mißstände, daß eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes die Belange der Sparer gefährdet, oder widerspricht der Geschäftsbetrieb den guten Sitten ... Die Kl. werden selbst zugeben müssen, daß die gesamten von ihnen vorgetragenen Beschwerden dieser Formulierung ausnahmslos unterfallen. Wenn das aber der Fall ist, so können die Kl. sich auch nur derjenigen Rechtsbehelfe bedienen, die die Gesetzgebung zu dem Zwecksparwesen zur Verfügung hält. Diese schließt aber individuelle Rechtsbehelfe, wie sie in der Anfechtung nach § 123 Abs. 1 oder der Geltendmachung der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 gegeben sind, aus. Die Parteien sind sich zunächst darüber einig, daß im Falle der ver-

[1a]) Über den Begriff der „Deckungsrechnung" vgl. Kossan in Das deutsche Zwecksparen (herausg. v. d. Fachgruppe Zwecksparunternehmungen) 1935 Nr. 1 S. 15.

[2]) Über den Begriff vgl. Kahlert: JW. 1936, 296 u. 1032.

[3]) Vgl. Kahlert: JW. 1936, 295.

[4]) Vgl. Froreich-Schmidt S. 22 ff. und S. 31 ff.; Kahlert: JW. 1936, 296 und ausführlich S. 1029; Loenicker: Sparkasse Heft 7 S. 103 ff.

[5]) Vgl. Kahlert: JW. 1936, 1030.

[6]) Urteile des AG. Hamburg v. 6. März 1934, 3 Z 854/33 und 3 Z 652/33.

einfachten Abwicklung nach § 15 Abs. 2 Ges. v. 17. Mai 1933 in Verbindung mit Teil I Kap. V S. 1 der VO. vom 14. Juni 1932 Art. 3 der VO. v. 9. Juni 1933 der Sparer auf anteilige Rückerstattung seiner Leistungen auch dann zu beschränken ist, wenn der Sparvertrag anfechtbar oder nichtig ist. Was für den Fall der vereinfachten Abwicklung ausdrücklich angeordnet ist, muß aber auch dann gelten, wenn, wie hier, die vereinfachte Abwicklung nicht angeordnet ist. Der allgemeine Zweckgedanke, der der gesamten Gesetzgebung zu dem Zwecksparwesen zugrunde liegt, ist ganz offensichtlich der, daß der Notstand, der eine Allgemeinheit betroffen hat, von der Allgemeinheit auch gleichmäßig getragen werden soll. Ein Ausfluß dieses Gedankens ist es offenbar auch, wenn § 14 Abs. 4 der VO. v. 17. Mai 1933 es untersagt, aus Maßnahmen des Reichsbeauftragten Schadensersatzansprüche oder das Recht zum Rücktritt vom Vertrage abzuleiten. Die Kl. werden sich im übrigen auch selbst sagen müssen, daß das, was sie geltend machen, mit genau dem gleichen Recht von zunächst sämtlichen Sparern der Bekl. und darüber hinaus von allen Sparern geltend gemacht werden könnte, die bei anderen Zwecksparunternehmern gespart haben, die, wie die Bekl., notleidend geworden sind. Die allgemeine Geltendmachung solcher Ansprüche müßte naturgemäß eine geordnete Abwicklung der Sparverträge völlig hintertreiben und würde im Endergebnis auf nichts anderes, als darauf hinauslaufen, daß nur derjenige zu seinem Recht kommen würde, der es versteht, seine Rechte am schnellsten durchzudrücken, während die letzteren, die zeitlich nach ihm ihre Rechte hervorkehren, vollständig leer ausgehen müßten. Ein solches Ergebnis würde aber dem Sinne der Gesetzgebung völlig widersprechen.

Die Klagbegründung bleibt nach allem diesen auch rechtlich unbegründet.

Was nach dem Vorstehenden für die Rechtsbehelfe des § 123 bzw. § 138 BGB. gilt, muß sinngemäß auch für die Rechtsbehelfe des § 326 BGB. gelten. ... Die geltend gemachten Ansprüche unterliegen danach der Abweisung. Was den Kl. an Rechten dann verbleibt, sind die Ansprüche, die sich aus dem allgemeinen Abwicklungsverfahren ergeben."

Diese Grundsätze hat nunmehr das OLG. Kiel in seinem Urteil v. 11. Mai 1936 fortgeführt und insbesondere auf Darlehensverträge ausgedehnt[7]). Dem Urteil liegen sogenannte Teilstaffeldarlehen zugrunde. Es hatte eine teilweise Barauszahlung und eine teilweise Umbuchung des Darlehensbetrages auf einen weiteren Sparvertrag des gleichen Sparers stattgefunden. Folgerichtig und entsprechend der Vorschrift des § 4 Abs. 4 AuflösG. verneint das OLG. Kiel eine Darlehensschuld, soweit lediglich eine Verrechnung und Umbuchung des Darlehensbetrages stattgefunden hat. Dagegen ist das OLG. Kiel der Auffassung, daß sich die Darlehensschuldner nicht, wie es auch nicht in der Absicht des Gesetzgebers liege, von solchen Verbindlichkeiten befreien können, die ihnen auf Grund in bar gewährter Darlehen obliegen[8]). Die Darlehensschuldner hatten in dem genannten Rechtsstreit jedoch die Darlehensverträge vollen Umfanges angefochten. Das OLG. Kiel hat jedoch die Ausübung der Anfechtung ohne Beachtung der Anfechtungsgründe für unzulässig erklärt und in den maßgebenden Entscheidungsgründen folgendes ausgeführt:

„Ihre Forderung ist jedoch begrenzt durch die Höhe der an die beklagte Ehefrau tatsächlich ausgezahlten Beträge. Das folgt aus dem AuflösG. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1457) und der hierzu erlassenen Durchf- und ErgVO. v. 12. März 1936 (RGBl. I, 162 ff.). Beide kommen mit ihren sämtlichen Bestimmungen zur Anwendung. ... Nach der Vorschrift des § 4 Abs. 4 des Ges., die übrigens auch auf die bei seinem Inkrafttreten in Liquidation befindlichen Zwecksparunternehmungen Anwendung findet (§ 13 Abs. 2 des Ges.), ist die Zuteilung eines Darlehens dann nicht als erfolgt anzusehen, wenn das zugeteilte Darlehn nicht in bar ausgezahlt, sondern als Leistung auf einen anderen Sparvertrag verrechnet worden ist. . . . Übrigbleiben also nur die an die beklagte Ehefrau wirklich gezahlten Darlehnsbeträge von 795,80 RM. und 392 RM. . . . Dagegen sind ihr infolge der besonderen gesetzlichen Regelung jegliche Leistungsverweigerungsrechte oder Schadensersatzansprüche versagt. Insbesondere ist auch der Einwand der Nichtigkeit der Darlehnsverträge ausgeschlossen. Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus dem ihm zugrunde liegenden Zweckgedanken. Denn der Zweck des Gesetzes ist offensichtlich der, die Sparer einer Zwecksparunternehmung, die ein Darlehn noch nicht erhalten haben, vor weiteren Verlusten zu schützen und nunmehr nach Auflösung aller Zwecksparunternehmungen in bestimmter Weise zu befriedigen (vgl. die amtliche Begründung im DRAnz. 1935 Nr. 294). Die Befriedigung der Sparer erfolgt nach Verhältnis ihrer reinen Sparguthaben ohne Vorrang voreinander. Dabei bewendet es auch dann, wenn der Sparvertrag nichtig oder anfechtbar ist (vgl. § 4 Abs. 2 des Ges.). Der Grundgedanke dieser Bestimmung ist der, daß sämtliche Sparer eine einzige Schicksalsgemeinschaft bilden und gleichmäßig behandelt werden sollen. Dem entspricht aber auch, daß die Sparer, die bereits ein Darlehn erhalten haben, sich von der Rückzahlung nicht unter Berufung auf Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe zum Nachteil der anderen Sparer befreien können. Denn deren ohnehin nur anteilmäßige Befriedigung wird zum wesentlichen Teil immer nur nach Maßgabe der ausgeliehenen und im Laufe der Tilgungszeit zurückfließenden Darlehnsbeträge erfolgen können. Wenn nun gegenüber dem Anspruch auf Rückzahlung der Darlehen überhaupt Einwände zugelassen würden, so wäre die vom Gesetz gewollte Regelung im Interesse der noch nicht befriedigten Sparglaübiger in Frage gestellt. Sie würden schwer geschädigt werden, während es der Zweckgedanke des Gesetzes ist, daß der Notstand, der die überwiegende Zahl der Sparer betroffen hat, von der Gemeinschaft sämtlicher Sparer gleichmäßig getragen werden soll. Bei der Abwägung aller gegenseitigen Interessen müssen daher sinnentsprechend der Vorschrift des § 4 Abs. 2 des Ges. Nichtigkeits- oder Anfechtungseinwände für ausgeschlossen gelten, da ihre Zulassung dem Grundgedanken der Sparergemeinschaft widerspricht. Aus dem gleichen Grunde sind der beklagten Ehefrau dann auch alle sonstigen Einwände verschlossen, insbesondere auch der Weg einer Aufrechnung mit vermeintlichen Schadensersatzansprüchen (vgl. Kahlert: JW. 1936, 1030). Ob ihr, soweit ein Darlehn auf die Sparverträge nicht zugeteilt worden ist oder als nicht zugeteilt gilt, noch ein Guthaben nach Art. 2 der VO. zusteht, ist hier nicht zu entscheiden. Denn die Aufrechnung mit diesem Anspruch ist durch § 4 Abs. 2 des Ges. ausdrücklich ausgeschlossen. Danach war die beklagte Ehefrau in der angegebenen Höhe zur Zahlung zu verurteilen."

Eine im Endergebnis gleichliegende Entscheidung hat auch das OLG. Celle getroffen[9]). Bei der Kl. wurden die von dieser verwendeten Kreditschecks für die Ausgabe von Darlehen von der zuständigen Aufsichtsbehörde für nichtig erklärt und die weitere Verwendung untersagt. Eine Darlehensempfängerin, die Bekl., hatte dementsprechend nun die Nichtigkeit des Darlehensvertrages über den durch Kreditschecks empfangenen Betrag geltend gemacht und versucht, sich auf diesem Wege von ihrer Darlehensschuld zu befreien. Wenn dieses Beispiel von allen Darlehensnehmern der Unternehmung befolgt worden wäre, so hätte die Unternehmung, die durch eine Verfügung der Aufsichtsbehörde aufgelöst worden war, unter Umständen den gesamten Darlehensstock verlieren können, ohne in der Lage zu sein, den vielen kleinen Sparglaübigern die Rückzahlung ihrer Sparguthaben gewähren zu können. Das OLG. Celle hat auf Rückzahlung des empfangenen Betrages als Darlehen erkannt in der zutreffenden Erwägung, daß die Nichtigkeit der verwendeten Kreditschecks nicht von der Rückzahlung des empfangenen Betrages befreien könne, der zum mindesten als Darlehn geschuldet werde und nicht etwa nur als Bereicherung zurückzugeben sei.

Die in einem dem Streitfalle vor dem OLG. Kiel ähn-

[7]) Urteil des OLG. Kiel v. 11. Mai 1936, 3 U 4/35.

[8]) Ebenso Kahlert: JW. 1936, 1030 und Loenicker: Sparkasse 1936, 103 ff.

[9]) Urteil des OLG. Celle v. 9. Sept. 1935, 2 U 108/35.

lich gelagerten Sachverhalt von dem KG. getroffene Entscheidung[10]) steht den oben dargestellten Grundsätzen nur scheinbar entgegen. Das KG. hat zwar entschieden, daß die Anfechtung eines Darlehensvertrages bei einer Zwecksparunternehmung durch den Ausschluß der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von noch nicht ausgezahlten Sparverträgen (Art. 3 VAbwVO.) nicht gehindert wird. In diesem Falle handelte es sich aber um ein nicht in bar gewährtes, sondern voll umgebuchtes Darlehen. Solche Staffeldarlehen sind jedoch auf Grund von § 4 Abs. 4 AuflösG. bei den gesetzlich aufgelösten Zwecksparunternehmungen wegen des gesetzlichen Schulderlasses als nicht bestehend anzusehen. Das KG. ist insoweit gewissermaßen der gesetzlichen Regelung vorausgeeilt.

Ergänzend sei auf zwei weitere Urteile hingewiesen, in denen ebenfalls der Vorrang der Sparergemeinschaft gegenüber den Interessen des einzelnen Mitgliedes anerkannt wird: „Wer sich dadurch, daß er einen Sparvertrag abschließt, in den Sparerkreis einschaltet, übernimmt auch die Verantwortung für die Aufrechterhaltung des den Interessen der Sparer dienenden Geschäftsinteresses[11]).“ — „Jedes einzelne Mitglied hat daher auf die Belange der Gemeinschaft, als solche sich die Kl. darstellte, Rücksicht zu nehmen und darf seine eigenen Interessen demgegenüber nicht in den Vordergrund stellen[12]).“

## IV.

Die vor allem bahnbrechende und grundlegende Entscheidung des OLG. Kiel bringt Rechtsgrundsätze zur Geltung, die sich in ihrer Bedeutung für die Abwicklung des Zwecksparwesens keineswegs erschöpfen, sondern darüber hinaus für die Umgestaltung des privatrechtlichen Denkens richtungweisend sind. Es gibt einzelne besondere Verfahren (Konkurs, Vergleich usw.; vgl. auch AnfG.) zur Befriedigung einer Gläubigergesamtheit, die ein individuelles, den Interessen der Gläubigergesamtheit widersprechendes Vorgehen des einzelnen unterbinden, ohne daß jedoch diese Grundgedanken das Rechtsleben als Grundnorm beherrschen. Als unzulässige Rechtsausübung kennt das BGB. nur die Schikanebestimmung (§ 226 BGB.). Die Entwicklung des dargestellten Rechtsgedankens wird jedoch in der Feststellung gipfeln, daß es nicht allein darauf ankommen kann, was der einzelne zur Erhaltung seiner rein persönlichen Belange verlangen kann oder verweigern darf, sondern was der Gemeinschaftsgedanke verlangt und was die Belange der Gemeinschaft dem einzelnen für den Umfang seiner Rechtsausübung gestatten. Ein Anklingen dieser Grundsätze findet sich auch in einer Entscheidung des RG.[13]).

Unter Beachtung dieser Ausführungen ist die Entscheidung des OLG. Kiel zu begrüßen und zu bejahen. Für ihre Richtigkeit im geschilderten Einzelfall spricht die Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen. Aus der Struktur des Zwecksparwesens ergibt sich der Zusammenschluß der nicht zugeteilten und ausbezahlten Sparer und der Tilgungsschuldner einer Zwecksparunternehmung zu einer Schicksalsgemeinschaft, die für die Beurteilung der gegenseitigen Interessenlage wesentlich ist. Da der Gesetzgeber grundsätzlich die Befriedigung der Sparer nach Maßgabe ihrer Sparguthaben gebietet (§ 4 Abs. 2 Satz 1 AuflösG.), ist er auch davon ausgegangen, daß die den Sparguthaben als dem Passivvermögen einer Zwecksparunternehmung gegenüberstehenden Forderungen auf Rückzahlung ausstehender Darlehen auch erfüllt werden, ohne daß sich ein Tilger ohne Berufung auf Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe von der Rückzahlung seines Darlehens auf Kosten der Mitsparer befreien könnte, als doch auch den Mitsparern die Berufung auf solche Gründe positiv-rechtlich versagt ist. Auch diese Sparer hatten die bedingungsgemäßen bis zum Inkrafttreten des AuflösG. (16. Dez. 1935) fällig gewordenen Verwaltungskostenbeiträge zu leisten, ohne jedoch wie die Darlehensempfänger in der glücklichen Lage zu sein, die Gegenleistungen für ihre Kostenbeiträge in Gestalt des beantragten Darlehens erhalten haben. Sie können nicht die etwaige Unangemessenheit der Kostenbeiträge usw. geltend machen. Es würde mithin demgegenüber völlig sinnwidrig sein, wenn es dem ohnehin besser gestellten Darlehensnehmer gestattet werden sollte, etwa den Einwand des Wuchers oder des Verstoßes gegen die guten Sitten wegen der erhobenen Kostenbeiträge geltend zu machen. An der Befriedigung der Sparer, die dem gesetzlichen Eingriff unterliegen, besteht ein wesentliches öffentliches Interesse, das nicht verletzt werden darf. Es kann dabei nicht vergessen werden, daß es sich bei den Sparern in den meisten Fällen um kleine Leute handelt, die auf ihre Spargroschen angewiesen sind und deshalb des besonderen Schutzes bedürfen, den der anfechtende Darlehensnehmer demgegenüber nicht verdient.

Weiterhin spricht für die Auffassung des OLG. die Vorschrift des § 4 Abs. 4 AuflösG. Hier hat der Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt, welche Darlehensverträge (nämlich Staffeldarlehen) von ihm gemißbilligt werden, deren Tilgung mithin nicht zur Deckung von Sparguthabenverbindlichkeiten dienen sollte. Folgerichtig anerkennt das OLG. Kiel die Tilgungspflichten des Darlehensnehmers auch für den Fall, daß bei einem Teilstaffeldarlehen jedoch eine teilweise Barauszahlung stattgefunden hat[14]).

Auch die Fassung des Art. 7 AuflösVO. läßt die vom OLG. Kiel bestätigte Absicht für den Ausschluß von Nichtigkeits- oder Anfechtungseinwänden erkennen. Art. 7 Abs. 2 AuflösVO. behandelt den Zwischenkredit, eine Art Vordarlehen, bevor die Zuteilung des eigentlichen Zwecksparddarlehens stattfand. Zumeist war der Zwischenkredit nicht gesondert zu tilgen, sondern sollte mit dem erwarteten Darlehen verrechnet werden. Durch die genannte Vorschrift wird jedoch eine selbständige Tilgungsverpflichtung für den Zwischenkredit eingeführt, als sei er als echtes Bardarlehen gewährt. Die Einreden aus der ursprünglichen Vereinbarung sind dem Zwischenkreditnehmer abgeschnitten. Eine gleiche Regelung gilt, wenn das Zwecksparddarlehen nur teilweise zur Auszahlung gelangt ist und Tilgungsverpflichtungen bis zur vollen Auszahlung gestundet waren. Art. 7 Abs. 3 AuflösVO. bestimmt auch für das Teildarlehen Tilgungsverpflichtungen, ohne daß der Darlehensnehmer auch etwa ein Zurückbehaltungsrecht an den Tilgungsraten bis zur vollen Auszahlung, die ja nicht mehr möglich ist, geltend machen könne. Der Teildarlehensempfänger hat wie jeder andere Sparer Kostenbeiträge gezahlt, die für die volle Darlehenssumme berechnet sind. Diese Kostenbeiträge, bezogen auf die Höhe des Teildarlehens, ergeben naturgemäß einen sehr hohen Kostensatz. Dennoch ist der Teildarlehensempfänger nicht in der Lage, etwa gegen die Tilgungsverpflichtungen den Wuchereinwand zu erheben, da das Gesetz die Tilgung zwingend vorschreibt. Um so weniger sind solche Einwände denjenigen Tilgungsschuldnern zu gestatten, die die volle Sparvertragssumme erhalten haben.

## V.

Nach allem dürfte die Rechtslage eindeutig zugunsten eines Ausschlusses von Nichtigkeits- oder Anfechtungseinwänden des Darlehensnehmers gegenüber den Rückforderungsansprüchen einer Zwecksparunternehmung entschieden sein. Es bleibt jedoch in diesem Zusammenhang nicht ohne Interesse, ob und inwieweit ohne Beachtung obigen Gesichtspunktes häufig von Darlehensnehmern erhobene Anfechtungs- oder Nichtigkeitseinwände ohnehin unbegründet sind.

a) Der Reichsbeauftragte für Zwecksparunternehmungen hat in einheitlicher Verwaltungübung bei allen gesetzlich aufgelösten Zwecksparunternehmungen und bei den meisten „alten“ Liquidationen[15]) von Zwecksparunternehmungen gemäß § 13

[10]) Vgl. JW. 1935, 3169 ff.

[11]) Urteil des AG. Lübeck v. 19. Mai 1934, 8 L 875/34.

[12]) Urteil des AG. Berlin v. 6. Sept. 1934, 17 C 1256/34.

[13]) RG.: JW. 1936, 1760, wo ausgeführt wird, daß auch ein vertragsgemäßes Verhalten nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf.

[14]) Ebenso Gutachten mit praktischen Beispielen von Ebermeyer, Kahlert; veröffentlicht von der Fachgruppe Zwecksparunternehmungen durch Rundschreiben Nr. 11/36, Juni 1936.

[15]) Über den Begriff der sog. „alten“ Liquidationen vgl. Kahlert: JW. 1936, 296 und 1052.

Satz 1 ZwecksparG., § 13 Abs. 1 u. 2 AuflösG. eine Anerkennungspflicht von Kontoauszügen binnen bestimmter Widerspruchs-, Klage- und Ausschlußfrist für Sparer und Darlehensnehmer als Bestandteil der abgeschlossenen Verträge mit verbindlicher Wirkung eingeführt[16]). Die Kontoauszüge gelten hiernach als anerkannt, wenn der Darlehensnehmer oder Sparer nicht Widerspruch und anschließend Klage fristgemäß gegen die Zwecksparunternehmung erhebt (Anerkenntnisfiktion). Diese Verwaltungsmaßnahme des Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen wird durch Art. 10 AuflösVO., der eine Zugangsfiktion der Kontoauszüge für solche Darlehensnehmer und Sparer begründet, die ohne Angabe einer Anschriftsänderung verzogen sind, ergänzt. Dadurch, daß der Gesetzgeber die Darlehensnehmer mit umfaßt, bestätigt er zugleich die vom Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen auch für die Darlehensnehmer verbindlich getroffene Entscheidung.

Für die hier behandelte Hauptfrage ergeben sich hieraus wichtige Schlußfolgerungen. Der widersprechende Sparer muß, wenn ihm von der Unternehmung sein Guthaben zu gering aufgegeben worden ist, auf Leistung oder Feststellung des von ihm behaupteten Mehrbetrages klagen. Der Darlehensnehmer hat jedoch nur die Möglichkeit, durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage gerichtlich feststellen zu lassen, daß der von der Zwecksparunternehmung behauptete Schuldmehrbetrag nicht zu Recht gefordert wird. Nur so kann die Verwaltungsmaßnahme des Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen gegenüber aufgetretenen Zweifelsfragen aufgefaßt und ausgelegt werden. Unzutreffend ist jedoch die gelegentlich aufgetretene Auffassung, daß die Zwecksparunternehmung den von ihr behaupteten Schuldmehrbetrag gegen den Darlehensnehmer einklagen müsse. Hat hier nun der Darlehensnehmer den ihm zugesandten Kontoauszug durch Schweigen (Fristversäumnis) oder durch ausdrückliche Erklärung anerkannt, so können seinem späteren Anfechtungsbegehren oder Nichtigkeitseinwänden die Vorschriften der §§ 144, 141 BGB. entgegengehalten werden. Es muß daher in dem Anerkenntnis zum mindesten eine nachträgliche Heilung des angeblich nichtigen oder anfechtbaren Darlehensvertrages gesehen werden. Unterläßt der Darlehensnehmer gegen den Kontoauszug jeden Widerspruch, so gibt er damit in schlüssiger Weise zu erkennen (bzw. läßt die Verfügung des Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen und die Bestimmung des Art. 10 AuflösVO. keine andere Auslegung seines Verhaltens zu), daß er den geltend gemachten Betrag als Schuldverpflichtung anerkennt. Er hat gleichzeitig auf die vertragszerstörlichen Einwendungen verzichtet und erkennen lassen, daß er den Vertrag, der ihn zur Leistung der Tilgungsraten verpflichtet, aufrechterhalten wissen will.

b) In vielen wenn nicht in den meisten Fällen werden Einwände von Darlehensnehmern auch wegen Versäumnis der in § 124 BGB. bestimmten Frist ausgeschlossen sein, wenn nach § 123 BGB. von dem Darlehensnehmer angefochten wird. Im allgemeinen wird der Sparer die Durchführungskosten für einen Zwecksparvertrag bereits bei Abschluß des Vertrages klar erkannt haben. Seine Zahlungspflichten werden ihm jedoch spätestens bei Abschluß des Darlehensvertrages (Schuldanerkenntnis, Sicherungsübereignungsvertrag) offenbar, so daß er nach Jahresfrist nicht mehr einwenden kann, über die Kosten des Darlehens arglistig getäuscht worden zu sein. Im übrigen kann auch in dem Schuldanerkenntnis, in dem Sicherungsübereignungsvertrag oder den sonstigen Sicherungsverträgen eine Bestätigung des anfechtbaren oder nichtigen Darlehensgeschäfts nach §§ 144, 141 BGB. erblickt werden, wenn dem Darlehensnehmer die behaupteten Vertragsmängel bereits vor Auszahlung des Darlehens bekannt waren[17]).

c) Bei Geltendmachung des Wuchereinwandes oder des Verstoßes gegen die guten Sitten wegen angeblich überhöhter Kosten oder Zinssätze ist zu prüfen, ob die den Darlehensverträgen zugrunde gelegten Geschäftsbedingungen und Tarife von dem Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen durch die Genehmigungsverfügung gemäß § 13 Abs. 1 ZwecksparG. für verbindlich erklärt sind. Sofern dies zutrifft, dürften die Einwendungen ausgeschlossen sein, da vom Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen genehmigte Tarife weder wucherisch sein noch gegen die guten Sitten verstoßen können. Ebenso hat das LG. Berlin, Spezialkammer für Zwecksparsachen, in dem oben erwähnten Urteil[18]) entschieden: „Die Forderungen, die die Bekl. geltend macht, sind auch nicht wucherisch. Die Kammer hat sich schon mehrfach mit diesem Einwand beschäftigen müssen, hat ihn aber regelmäßig zurückgewiesen... Für ihre Angemessenheit spricht insbesondere der Umstand, daß die Satzungen vom Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen genehmigt worden sind[19]).“

d) Es bedarf keiner Erwähnung, daß die Tatsache der gesetzlichen Auflösung aller Zwecksparunternehmungen für sich genommen weder die Anfechtbarkeit noch die Nichtigkeit der Darlehensverträge begründet[20]).

e) Es sind auch Fälle vorgekommen, in denen der Darlehensnehmer behauptet hat, die Unternehmung habe mit ihm verbotswidrig einen Bausparvertrag abgeschlossen (§§ 140, 112 VersAufsG.), der als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend nichtig sei (§ 134 BGB.). Nach herrschender Auffassung hat jedoch die Vorschrift des § 140 VersAufsG. lediglich gewerbepolizeilichen Charakter, die als Verbotsgesetz nur eine einseitige Strafbarkeit begründet. Die Nichtigkeit eines verbotswidrig vorgenommenen zivilrechtlichen Vertrages ist in der Regel nur gegeben, wenn beide Parteien gegen das Verbotsgesetz verstoßen, was im Falle des § 140 VersAufsG. nicht zutrifft[21]). Demgemäß wird in herrschender Übung angenommen, daß der bei einer Zwecksparunternehmung verbotswidrig abgeschlossene Bausparvertrag zivilrechtlich voll wirksam ist, was dementsprechend auch für den entsprechenden Darlehensvertrag gilt[22]).

f) Abschließend sei auf die interessante Entscheidung des LG. Stettin[23]) über die Wirksamkeit von Sicherungsübereignungsverträgen hingewiesen. Das Gericht hat mit durchschlagender Begründung eine Sicherungsübereignung von Gegenständen, die nach § 811 ZPO. unpfändbar sind, als nicht gegen die guten Sitten verstoßend angesehen, wenn die Übereignung Zug um Zug gegen Kreditgewährung erfolgt ist. Diese Entscheidung wird für die Sicherungsübereignungsverträge, die die Darlehensnehmer mit der Zwecksparunternehmung geschlossen haben, von besonderer Bedeutung sein[24]). Bei den Zweckspardarlehen ist die Voraussetzung der Gewährung von Darlehen Zug um Zug gegen die Sicherungsübereignung geschäftsüblich gewesen, so daß die Geltendmachung der Nichtigkeit von Sicherungsübereignungsverträgen aus dem oben genannten Gesichtspunkt ohne Erfolg bleiben muß.

In diesem Zusammenhang ist die gut und ausführlich begründete Entscheidung des AG. Hamburg[25]) wichtig, die ausführt, daß Sicherungsübereignungsverträge, die sich auf Zubehör eines Bauernhofes beziehen, voll wirksam bleiben, auch wenn der Hof nach Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages zum Erbhof geworden ist[26]).

---

[16]) Näheres über diese Maßnahmen s. Kahlert: JW. 1936, 1028; Loenicker: Sparkasse 1936 H. 8 S. 129.

[17]) Vgl. ebenso LG. Berlin, Spezialkammer für Zwecksparsachen, Urteil v. 9. Juli 1935, 270 O 121/35.

[18]) Vgl. LG. Berlin a. a. O.

[19]) Ebenso AG. Singen, Urteil v. 21. Nov. 1935, C 363/35; AG. Berlin, Urteil v. 19. Juli 1934, 17 C 686/34.

[20]) Vgl. Begründung zum AuflösG.: DRAnz. Nr. 294 vom 17. Dez. 1935, die nichts für die abgelehnte Auffassung ergibt.

[21]) RGRKomm., 8. Aufl., 1934, zu § 134 Anm. 2 S. 206; RGZ. 60, 276; 78, 353 = JW. 1912, 525.

[22]) Ebenso vgl. RGZ. 100, 39; HansOLG. in Dr. v. Ploetz: Presse- und Nachrichtenkorrespondenz 1935 Nr. 289; LG. Lübeck, Urteil v. 22. März 1933, L III 91/35.

[23]) LG. Stettin: JW. 1936, 1087 ff.

[24]) Vgl. Froreich-Schmidt S. 52.

[25]) Urt. v. 19. Juni 1934, XVII Z 1229/34.

[26]) Ebenso Vogels, RErbhofG., Berlin 1933, zu § 7 S. 45 bis 46; Baumecker, Handbuch des gesamten Reichserbhofsrechts, Köln 1934, S. 2, 155; Saure, RErbhofG., Berlin 1934, 3. Auflage, S. 59.

## Aus der Deutschen Rechtsfront

# Die Beschäftigung und Ausbildung von Assessoren

Der NS. Rechtswahrer-Bund hat mit der Rechtsanwaltskammer in Berlin ein Abkommen dahin getroffen, daß die Abteilung Berufsbetreuung des NS. Rechtswahrer-Bundes die Vermittlung von Stellen für Probeassessoren und Anwaltsassessoren übernimmt. Die Vermittlungstätigkeit der Abteilung Berufsbetreuung des NS. Rechtswahrer-Bundes für die Ausbildungsassessoren ist zunächst auf den Bezirk Berlin beschränkt. Sie soll später auf das ganze Reich ausgedehnt werden.

Der Präsident der Rechtsanwaltskammer Berlin hat mit Bek. v. 18. Juli 1936 (Mitt. d. RRAK. 1936, 118) folgendes bekanntgegeben:

1. Für die Assessoren, die einen Antrag auf Zulassung zum Probe- und Anwärterdienst stellen, empfiehlt es sich, sich gleichzeitig durch die Berufsbetreuung des NS. Rechtswahrer-Bundes, Reichsgeschäftsstelle, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20, um die Beschäftigung bei einem Rechtsanwalt zu bemühen. — Über die Anrechnung dieser Tätigkeit auf die Ausbildungszeit wird von Fall zu Fall entschieden.

2. Assessoren, die zum Probe- oder Anwärterdienst zugelassen sind und einen Ausbildungsanwalt noch nicht gefunden haben, melden sich unverzüglich bei der Abteilung Berufsbetreuung des NS. Rechtswahrer-Bundes. — Falls diese Assessoren, die zum Probe- und Anwärterdienst zugelassen sind, nicht alsbald einen Rechtsanwalt gefunden haben, bei dem sie tätig sein können, machen sie dem Präs. der Berliner Anwaltskammer Mitteilung unter Angabe, bei welchen Rechtsanwälten sie sich gemeldet hatten; dieser Mitteilung ist eine Bescheinigung der Abteilung Berufsbetreuung des NS. Rechtswahrer-Bundes beizufügen, aus der hervorgeht, daß der Assessor bei der Abteilung Berufsbetreuung geführt war.

3. Rechtsanwälte, im Bezirk der Rechtsanwaltskammer Berlin, die einen Ausbildungsassessor, einen Vertreter oder einen Hilfsarbeiter suchen, melden dies bei der Abteilung Berufsbetreuung des NS. Rechtswahrer-Bundes, Reichsgeschäftsstelle, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20, an. Der Anmeldung ist eine Durchschrift beizufügen.

4. Der Rechtsanwalt, der einen Ausbildungsassessor gefunden hat, gibt hiervon der Abteilung Berufsbetreuung des NS. Rechtswahrer-Bundes und dem Präs. der Berliner Anwaltskammer unverzüglich Nachricht. Diese Benachrichtigung dient der Listenberichtigung. Die Inpflichtnahme des Probedienstassessors regelt § 7, die des Anwaltsassessors § 11 RRAO. (RGBl. 1936, 107).

---

# Der Arbeitseinsatz der Rechtswahrer in der Wirtschaft und das Problem ihrer berufspolitischen Lenkung

Von Dr. J. Schepp, Leiter der Abteilung Arbeitsbeschaffung des NS. Rechtswahrer-Bundes

Durch das Gesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung v. 5. Nov. 1935 sind die Voraussetzungen zur weiteren Sicherung eines planmäßigen und einheitlichen Arbeitseinsatzes geschaffen worden. Hiernach darf Arbeitsvermittlung nur von der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung oder von solchen Stellen betrieben werden, die durch den Präsidenten der Reichsanstalt unter Zustimmung des Reichsarbeitsministers besonders beauftragt worden sind. Die Beauftragung wird nur insoweit erteilt, als es für die Regelung des Arbeitseinsatzes zweckmäßig ist. Diese Bestimmung liegt ebenso im Interesse der Wirtschaft, der durch den geordneten Arbeitseinsatz die benötigten Arbeitskräfte zugeführt werden sollen, wie im Interesse der schaffenden Menschen. So hat die Arbeitsvermittlung die Aufgabe, schaffende Menschen an den Arbeitsplatz zu bringen, den sie nach ihrer körperlichen, geistigen und charakterlichen Eignung zum Wohle der Volksgemeinschaft am besten ausfüllen können. Dies gilt in gleicher Weise für die Angehörigen aller Berufe, unabhängig davon, ob sie als Arbeiter oder als Angestellte, Anwärter, ständige Mitarbeiter, leitende Persönlichkeiten usw. eine Stellung oder eine Berufslaufbahn suchen.

Für die Rechtswahrer im besonderen, soweit sie sich nicht schon der Justiz- bzw. Verwaltungslaufbahn oder der Anwaltschaft zugewandt haben, ist der NS. Rechtswahrer-Bund mit Verfügung v. 4. Juli 1936 zur Durchführung der Arbeitsvermittlung beauftragt worden. Der Auftrag umfaßt Rechtswahrer jeder Art wie Assessoren, Referendare, Volkswirte, Syndizi, Betriebswirtschaftler, Diplomkaufleute, Revisoren, Wirtschaftsprüfer, juristische und wirtschaftsrechtliche Sachbearbeiter bei Betrieben, Wirtschaftsgruppen, Verbänden und Verwaltungen. Die Arbeitsvermittlung wird ausgeübt von den Gausozialämtern des NSRB., die aus dem S. 2380 veröffentlichten Verzeichnis ersichtlich sind.

Der planmäßige Arbeitseinsatz hat im nationalsozialistischen Staate auch für die Angehörigen des Rechtsstandes eine entscheidende Bedeutung erlangt, und das Problem der Arbeitslenkung trat um so dringlicher in den Vordergrund, je weitgehender die Eingriffe in die Berufsstruktur der Rechtswahrer (Justizausbildungsordnung, Änderung der Rechtsanwaltsordnung) waren. Die Sicherung und Regelung der Laufbahn des Gerichtsassessors und des Anwaltsassessors auf der einen Seite hat andererseits die Frage nach dem Arbeitseinsatz der nichtübernommenen Assessoren verschärft. Diese Frage war schon zu dem Zeitpunkt in Erscheinung getreten, als das freie Spiel der Kräfte im Kampf um die Existenz abgelöst wurde durch die planmäßige Betreuung der stellensuchenden Rechtswahrer und des Berufsnachwuchses. Die Grundlage hierfür hat der NSRB. bereits 1934 gelegt. Er hat sich die Aufgabe gestellt, den Arbeitseinsatz der Rechtswahrer innerhalb der Wirtschaft nach leitenden Gesichtspunkten zu gestalten und zu regeln. Hierzu gehört in erster Linie die Beachtung und planmäßige Erfassung der seitens der Wirtschaft vorhandenen Bedürfnisse. Es wäre ebenso verfehlt gewesen, den über den Bedarf der Staatsverwaltung, der Justiz- und der sonstigen Reichsbehörden weit hinausgehenden Rechtswahrernachwuchs sich selbst zu überlassen, wie etwa zu versuchen, ihn wahllos in die Wirtschaft abzudrängen. So viele Rechtswahrer als Syndizi, leitende Wirtschaftsjuristen oder Rechtsberater von Einzelunternehmungen, Wirtschaftsgruppen und Berufsständen kann die Wirtschaft nicht aufnehmen, daß damit der Andrang der Stellensuchenden auch nur einigermaßen ausgeglichen würde.

Für den Arbeitseinsatz des Nachwuchses mußten also neue Wege gesucht werden. Die Bereitstellung zusätzlicher Beschäftigungsmöglichkeiten in der Wirtschaft ist nur in einem geringen Umfange möglich. Es ist vielmehr notwendig, einem planmäßigen und einheitlichen Arbeitseinsatz die tatsächlichen Bedürfnisse der Wirtschaft und die Verhältnisse der allgemeinen Arbeitslage zugrunde zu legen. Die Wirtschaft hat einen laufenden Bedarf an Spezialkräften in der Art der Steuerrechtler, Sozialbearbeiter, Sachkenner im kaufmänni-

schen Mahnverkehr, im Lieferungsgeschäft und in der außergerichtlichen Erledigung von Vertragsstreitigkeiten, Mitarbeiter bei Kartellen, in Devisen- und Personalabteilungen, auf dem Gebiet des Genossenschafts- und Siedlungswesens, der Betriebsprüfung, Wirtschaftsorganisation, Preisgestaltung, Marktordnung usw. Auf diesen Arbeitsgebieten können Rechtswahrer im Dienstvertragsverhältnis eingesetzt werden, die auf Grund ihrer Berufsvorbereitung nach Erwerbung einer entsprechenden Spezialpraxis zu vollwertigen und innerlich befriedigenden Leistungen befähigt sind.

Hier steht der deutschen Wirtschaft ein bedeutendes und bisher nur zum Teil erschlossenes Berufskapital zur Verfügung. Die angemessenen Gehaltssätze, die durch eine lange und hochwertige Berufsvorbereitung bedingt sind, machen sich im Interesse des Betriebes vielfach bezahlt. Andererseits muß sich der junge Rechtswahrer darüber im klaren sein, daß es nicht angängig ist, auf Grund der abgelegten Examina ausschließlich und einseitig auf dem Wunsche nach einer Berufsstellung als Rechtswahrer im engsten Sinne zu beharren. Die meisten Syndizi bei Einzelunternehmungen und Vereinigungen, die ihr juristisches bzw. volkswirtschaftliches Wissen als Rechtswahrer in leitenden Stellungen verwenden, sind auch erst dadurch zum Ziele gelangt, daß sie nach Abschluß ihrer Berufsvorbereitung Erfahrungen auf den verschiedensten Gebieten, in Betriebsabteilungen, im kaufmännischen Leben, bei Banken, Versicherungsgesellschaften, Kammern usw. gesammelt und mit Stellungen als Angestellte und Volontäre begonnen haben. In der Wirtschaft gilt nicht das Examens-, sondern das Leistungsprinzip. Allerdings gehört es auch zum Leistungsprinzip und zum wohlverstandenen Interesse der Betriebsführer selbst, daß sie dem Rechtswahrernachwuchs auf den verschiedensten Gebieten des Betriebes, wenn auch in kleineren Anfangsstellungen, zunächst Gelegenheit zu einer Einarbeitung bieten und nicht von vornherein den akademischen Grad als Hinderungsgrund ansehen. Von dieser Bereitwilligkeit der Betriebsführer und Personalleiter hängt nicht zum geringsten Teil der Arbeitseinsatz der Rechtswahrer in der Wirtschaft und die Fruchtbarmachung ihres Berufskapitals ab.

Will man auf der Grundlage eines planmäßigen Arbeitseinsatzes eine vorausschauende Berufspolitik für Rechtswahrer betreiben — und diese ist nach der jüngsten Entwicklung des sozialen Problems der Rechtswahrer zwingend notwendig —, so ist folgendes zu beachten:

1. Eine Laufbahn in der Wirtschaft darf nicht als zwangsläufig letzter Ausweg für diejenigen gelten, denen die Tür zur Justizlaufbahn verschlossen ist. Der Berufsnachwuchs muß so gelenkt werden, daß er sich aus freiem Ermessen des einzelnen für die Wirtschaft oder die Staatslaufbahn entscheidet. Die schwierigste Frage besteht dabei darin, wie es möglich ist, den Typ des Rechtswahrers heranzubilden, der sowohl auf die Justiz wie auf die Wirtschaft ausgerichtet ist und seine praktische Berufsentscheidung nach dieser Ausrichtung, nicht nach dem erwarteten bzw. gerade unerwarteten Prädikat des Assessorexamens trifft. Dies ist eine häufige, aber sicherlich keine glückliche Erscheinung. Man kann natürlich gegen den zugleich auf die Wirtschaft ausgerichteten Typ des Juristen einwenden, daß er in den Beruf des Volkswirts übergreife und auf dem Wege sei, den reinen Volkswirt zu verdrängen. Aber man soll nicht die Augen davor verschließen, daß dies jetzt schon in erheblichem Umfange der Fall ist und aus dem Existenztrieb des juristischen Nachwuchses notwendigerweise der Fall sein muß. Es ist richtiger, nach einer zusammenfassenden und dem Leben Rechnung tragenden Lösung zu suchen, statt an Berufsmonopolen nur um äußerlicher Unterscheidungen willen auf dem Papier festzuhalten. Die weitere, an dieser Stelle nicht zu lösende Frage ist dann die Frage nach dem Umbau der juristischen und volkswirtschaftlichen Berufsvorbereitung.

Diese Sachlage berührt wesentlich die dritte Kategorie des Rechtswahrers, nämlich den Betriebswirt oder Wirtschaftstreuhänder. Will man eine Lösung in der vorstehend angedeuteten Richtung suchen, so wird man eine Entscheidung über die heutige Zwischenstellung des Volkswirts, der sowohl juristische wie betriebswirtschaftliche Elemente umfaßt, zu treffen haben. Die eine Zusammenfassung wird in der Richtung des zugleich auf die Wirtschaft ausgerichteten Typs des Juristen liegen, während die andere Zusammenfassung Volkswirt und Betriebswirt gemeinsam umfaßt. Für diese letzte Zusammenfassung sind aus der Zwangsläufigkeit des Lebens bereits einzelne, wenn auch noch problematische Ansätze in der Heranbildung des sog. Wirtschaftsingenieurs entstanden. Der Typ des zugleich auf die Wirtschaft ausgerichteten Juristen ist dagegen nicht durch die neuerliche Anfügung der Verwaltungsstation in der Wirtschaft im Rahmen der Referendarausbildung begründet, da auch die Verwaltungsstation an der rein juristischen Ausbildung nichts ändert und an sich für andere Zwecke unzureichend ist.

Will man auch in Zukunft unter Verzicht auf den Typ des zugleich auf die Wirtschaft ausgerichteten Rechtswahrers an der Ausbildung des spezifischen Gerichtsassessors festhalten, so dürfen die berufspolitischen Folgerungen hieraus nicht unbeachtet bleiben. Es hat arbeitseinsatzmäßig keinen Sinn, Tausende von Rechtsstudierenden und Referendaren allein für die Zwecke der Justiz auszubilden, von denen nur der geringere Teil als Gerichts- oder Anwaltsassessor übernommen werden kann. Die Not des jungen Nachwuchses ist materiell und psychologisch gerade darauf zurückzuführen, daß die jungen Kameraden vielfach in der Hoffnung auf ein für die Übernahme in die Justiz- oder Verwaltungslaufbahn günstiges Assessorprädikat enttäuscht werden und nun in ihrem Existenzstreben vor neuen und fremden Tatsachen stehen, denen sie nicht immer und im besonderen nicht durch ihre Justizausbildung gewachsen sind. Diese Not wiegt schwerer als alle statistischen Zahlen. Daraus ergibt sich, wenn man berufspolitisch und nicht nach dem Grundsatz des laissez fere, laissez aller handeln will, nur eine Alternative: entweder schränkt man den Zugang zu dem juristischen Studium nach Maßgabe des Nachwuchsbedarfes in der Justiz- und Verwaltungslaufbahn ein, oder man entschließt sich zur Heranbildung des zugleich auf die Wirtschaft ausgerichteten Typs des Rechtswahrers. M. E. sind die Gründe, die gegen die Drosselung des Zugangs und für die zweite Lösung sprechen, überwiegend.

2. Um für die Übergangszeit im Interesse des bereits ausgebildeten und nicht übernommenen Nachwuchses einen, wenn auch begrenzten Ausweg zu finden, kann man die Aufnahmefähigkeit der Wirtschaft dadurch erweitern, daß in der Wirtschaft kurzfristige Probe- bzw. Eingangsstellen bereitgestellt werden. Die zu gewährende Mindestentschädigung kann unter den Sätzen der Assessorbezüge im Justizprobedienst liegen, da im Gegensatz zu dem vierjährigen Probe- und Anwärterdienst in der Justizlaufbahn die Probedienststellen in der Wirtschaft auf einen wesentlich kürzeren Zeitraum, etwa auf sechs Monate, berechnet werden müssen. Es muß sich dabei ferner um eine fakultative Einrichtung handeln, damit denjenigen Assessoren, die ohne Probedienst Eingang in geeignete Stellungen der Wirtschaft finden können, der Weg hierzu stets offen bleibt. Das wichtigste ist, daß einem Teil des jungen Nachwuchses die regelmäßig gewünschten Gelegenheiten gegeben werden, das praktische Berufsmilieu in irgendwelchen Arbeitsgebieten der Wirtschaft zu finden und sich auch auf nicht ausschließlich juristischen Arbeitsplätzen zu erproben. In Frage kommen zunächst größere Unternehmungen, Gesellschaften der öffentlichen Hand, Verbände, Wirtschaftsgruppen und amtliche oder halbamtliche Dienststellen der Wirtschaftsorganisation.

3. Die innere Zielrichtung des Arbeitseinsatzes, nämlich dem Rechtswahrernachwuchs die Freude und die Berufung für eine Arbeitstätigkeit in der Wirtschaft zu vermitteln, muß schon bei den Studienberatungsstellen der Universitäten einsetzen. Das kann durch den Ausbau der Berufsberatung und die Bildung von Ausschüssen aus Berufskameraden, die in der Praxis der Wirtschaft stehen, erfolgen. Hierunter darf selbstverständlich die Sicherstellung des qualifizierten Nachwuchses für den Bedarf der Justiz und der Staatsverwaltung nicht leiden. Aber es lassen sich doch in der Person des jungen Menschen, der zum rechtswissenschaftlichen Studium strebt,

Charakteranlagen und Erziehungseinflüsse feststellen, die eine vorwiegende Eignung für eine Berufstätigkeit in der Wirtschaft oder in der Staatslaufbahn zu erkennen geben. An die Stelle der vielfach unklaren Vorstellungen des Abiturienten über einen möglichst akademischen Berufsweg, die dazu führen, letztendlich das Rechtsstudium als „Mutter für alles" zu ergreifen, würde eine im Interesse des ganzen liegende Auslese treten. Erst in Verbindung mit dieser rechtzeitigen Auslese erhält die Bewertung der Examensprädikate und die Überwindung der Zufälligkeiten einen Sinn.

4. Der gesamte Arbeitseinsatz für Rechtswahrer in der Wirtschaft und die Lenkung des Berufsnachwuchses muß unter Einbeziehung der bereits bestehenden Formen des allgemeinen Arbeitseinsatzes sowie in Verbindung mit der Wirtschaft selbst planmäßig und zentral gestaltet werden. Das bedeutet ferner, daß alle Beteiligten, insbesondere das Justiz-, Arbeits- und Wirtschaftsministerium, einem gemeinsamen Werk ihre Hilfe leisten. Mit dem Gesetz zur weiteren Sicherung des Arbeitseinsatzes v. 5. Nov. 1935 ist die Grundlage gegeben, um zum Wohle von Volk und Staat der Eingliederung der schaffenden Menschen in das Arbeitsleben und der auftauchenden Berufsprobleme Herr zu werden. Dies ist nicht immer durch die alleinigen Versuche der unmittelbar Betroffenen und durch einzelne kleine Hilfsmittel möglich. Die Justizverwaltung hat den Zugang zur Laufbahn des Richters und Staatsanwalts geregelt und gesichert, sie hat die Lage der Rechtsanwälte durch gesetzlichen Eingriff geordnet; beides zunächst aus dem dringenden Eigenbedürfnis der Justiz heraus. Demgegenüber läßt die Lage der gesamten Rechtswahrer, auch im Hinblick auf die Bedeutung des Rechtsstandes und seines Arbeitseinsatzes für das nationale Leben, eine klare, aktive und gemeinsame Handlung aller beteiligten Stellen als geboten erscheinen.

**Gausozialämter des NS.-Rechtswahrer-Bundes**

**Reichsgeschäftsstelle Berlin W 35, Tiergartenstraße 20**

| | | |
|---|---|---|
| Baden | Weinheim a. d. B. | Bismarckstraße 1 |
| Bayrische Ostmark | Bayreuth | Maxstraße 2 |
| Düsseldorf | W.-Elberfeld | Neumarkt 1—3 |
| Essen | Essen | Friedrichstraße 1 |
| Franken | Nürnberg | Justizgebäude Fürther Straße 110 |
| Groß-Berlin | Berlin W 35 | Tiergartenstraße 15 |
| Halle-Merseburg | Halle a. d. Saale | Leipziger Straße 89 Ritterhaus |
| Hamburg | Hamburg 36 | Welckerstraße 9 |
| Hessen-Nassau | Frankfurt a. Main | Gutleutstraße 8—12 |
| Koblenz-Trier | Koblenz | Gerichtstraße 3 |
| Köln-Aachen | Köln | Claudiusstraße 1 |
| Kurhessen | Kassel | Adolf-Hitler-Haus |
| Kurmark | Berlin W 35 | Tiergartenstraße 15 |
| Magdeburg-Anhalt | Magdeburg | Breiter Weg 232a |
| Mainfranken | Würzburg | Neuburgstraße 1, I |
| Mecklenburg-Lübeck | Rostock | Breitestraße 26—27 |
| München-Oberbayern | München C 2 | Marienplatz 29 |
| Ost-Hannover | Lüneburg | Landgericht Am Markt 7 |
| Ostpreußen | Königsberg i. Pr. | Hintertragheim 26a I |
| Pommern | Stettin | Lindenstraße 1 |
| Saarpfalz | Neustadt (H.) | Maximilianstraße 22 |
| Sachsen | Dresden-A. 1 | Grunaer Straße 48 I |
| Schlesien | Breslau 5 | Tauentzienstraße 14 |
| Schleswig-Holstein | Ratzeburg (Lbg.) | Töpferstraße 1 |
| Schwaben | Augsburg | Kornhausgasse D 112 |
| Süd-Hannover-Braunschweig | Hannover | Königstraße 9 |
| Thüringen | Weimar | Adolf-Hitler-Str. 8 II |
| Weser-Ems | Oldenburg | Ministerium, Zimm. 39 |
| Westfalen-Nord | Münster i. W. | Königstraße 18—19 |
| Westfalen-Süd | Dortmund | Südwall 2, Zimmer 15 |
| Württemberg-Hohenzollern | Stuttgart | Olgastraße 1 B |

# Schrifttum

**AGR. Hans Groschuff, Berlin: Reichsgesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der am 15. Juni 1936 geltenden Fassung. Textausgabe mit Erläuterungen und einer alphabetischen Übersicht über die handelsregisterrechtliche Praxis nebst einem Anhang der wichtigsten Nebengesetze. Nebst einem Beitrag: Die steuerrechtliche Behandlung der GmbH. von Ernst Kaemmel, ObRegR. im RFinMin. Berlin. (Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 32.) Berlin und Leipzig 1936. Walter de Gruyter & Co. XII, 344 S. Preis geb. 4,50 RM.**

Es ist lebhaft zu begrüßen, daß der Verlag für den seit Jahren veralteten Kurzkommentar von Parisius-Crüger in dem bekannten Großberliner Registerrichter Hans Groschuff einen besonders geeigneten Neubearbeiter gefunden hat. G. schickt den mit Erläuterungen versehenen Gesetzestext nach dem Vorbild des von ihm und Nebelung vor kurzem herausgegebenen lexikonartigen Werkes über das Handelsgesetzbuch eine in jeder Hinsicht wohlgelungene alphabetische Übersicht der handelsregisterrechtlichen Praxis über die GmbH. voraus. Hervorgehoben seien die Stichworte: Anmeldung, Firma, Firmenänderung, Firmenmißbrauch, Geschäftsanteile, Geschäftsführer, Gesellschaftsmantel, Kapitalherabsetzung, Liquidation, Löschung, Sacheinlage, Veräußerung des Geschäftes mit Firma und Zweigniederlassung. Geschickte Hinweise auf die Erläuterungen zu den nachfolgenden Gesetzestexten erhöhen die Brauchbarkeit dieses „Kurzlexikons".

Das Erläuterungsbuch als solches sollte nach dem ursprünglichen Plan von Karl August Crisolli herausgegeben werden. Groschuff mußte nach dem allzu frühen Tode Crisollis auch diese Aufgabe übernehmen und hat sich ihrer ebenfalls mit ausgezeichnetem Erfolge unterzogen. Begreiflicherweise sind die mit der Registerpraxis zusammenhängenden Fragen besonders einläßlich und verständnisvoll behandelt worden. Man übertreibt nicht, wenn man das Buch insoweit als die beste Darstellung des „lebenden" Rechts der GmbH. bezeichnet.

Nicht ganz auf gleicher Höhe steht ein Teil der Ausführungen über diejenigen Gebiete und Fragen, die in der Registerpraxis eine geringere Rolle spielen, obwohl sie im übrigen für die vielseitige Verwendung der GmbH., insbes. im Konzern- und Kartellwesen, von größter Bedeutung sind. Namentlich die Einmanngesellschaft wird m. E. zu kurz behandelt. Im Lexikon kommt sie überhaupt nicht vor. Ebenso steht es mit der Doppelgesellschaft. In den Erläuterungen zu § 3 Abs. 2 (Neben- bzw. Sonderpflichten) wird zwar kurz erwähnt, daß es außer den statutarisch festgelegten Sonderleistungen und Sonderrechten in der Praxis auch „schuldrechtliche" Abmachungen unter den Gesellschaftern gebe. Die überaus verwickelte, noch keineswegs befriedigend gelöste Problematik dieser Tatbestände, die aus naheliegenden Gründen (Vermeidung der Registerpublizität, Erleichterung von Abänderungen, was bekanntlich auch für die Schaffung der sog. Doppelgesellschaft in der Kartellpraxis entscheidend gewesen ist) außerordentlich häufig vorkommen, erfährt jedoch so gut wie gar keine Berücksichtigung. Man kann die hiermit verknüpften Fragen auch nicht deshalb für überholt oder erledigt erklären, weil es sich nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung um unerlaubte Umgehungen zwingender Grundgedanken und Grundformen unseres gesellschaftlichen Organisationswesens handele. G. scheint mir in dieser Hinsicht die Dinge auch sonst etwas zu einfach zu sehen, wie aus seinen Bemerkungen zu § 2 über „Strohmänner"- und „Treuhänder"-Gründungen hervorgeht. Man muß die erlaubte und auch künftighin nicht zu entbehrende Einschaltung von „Treuhändern" scharf unterscheiden von dem Vorschieben von „Strohmännern". Nicht anders verhält es sich mit der „verschleierten" Umgestaltung der GmbH. zu einer Personalgesellschaft. Die Praxis des GmbH.-Wesens hat, wie ich in meiner Einleitung zur Textausgabe des GmbH.-Gesetzes bereits in den früheren Auflagen (3. Aufl. 1936 S. 39 ff.) darzulegen versuchte, drei Formen der GmbH. entwickelt, nämlich die dem gesetzlichen Muster entsprechende Abart der Kapitalgesellschaft, ferner die in mehr oder minder ausgeprägtem Maße personalistisch und u. U. auch genossenschaftlich ausgestaltete GmbH. als „offene" Neben- oder Sonderleistungsgesellschaft gem. § 3 Abs. 2 und schließlich die „stille" OHG. oder Kommanditgesellschaft und den vereins- bzw. genossenschaftsartigen Zusammenschluß im Gewande einer „Normal"-GmbH., wobei nicht nur schuldrechtliche, sondern auch personenrechtliche Beziehungen der Gesellschafter untereinander

sowie mit der Gesellschaft außerhalb des Statuts in Einzelvereinbarungen festgelegt oder sogar zu einer geschlossenen Organisation (so z. B. bei der Doppelgesellschaft) ausgebaut werden. Daß diese Gebilde gar nicht selten unlauteren Zwecken dienen und auch abgesehen hiervon die gesetzliche Ordnung unseres Gesellschaftswesens weitgehend unterhöhlen oder doch zum „papierenen" Recht haben werden lassen, soll gewiß nicht bestritten werden. So naheliegend es demnach wäre, diese Sonder- und Zwischenformen in Bausch und Bogen als mit den nunmehr maßgebend gewordenen Rechtsanschauungen unvereinbar zu erklären, so kann ich mich dennoch des Eindrucks nicht erwehren, daß auf diesem Wege das ganze Problem nicht befriedigend zu lösen ist. Überdies haben wir es hier durchaus nicht mit theoretischen oder solchen Fragen zu tun, die nur durch die hoffentlich bald in Gang kommende gesetzliche Reform des GmbH.-Rechts einer Lösung zugeführt werden könnten. Und zwar um so mehr, als diese „freien" Bildungen sich keineswegs auf die Praxis des GmbH.-Wesens beschränken, sondern in offensichtlich unvermindertem Umfange auch heute noch weiterbestehen und dauernd neu geschaffen werden. Infolgedessen erwächst den Prozeß- und Registergerichten sowie namentlich auch der Kautelarpraxis der Notare, Anwälte und der unmittelbar im Dienst der Wirtschaft stehenden Rechtswahrer in ganz anderer Weise als früher die Aufgabe, den schmalen und schwierigen, aber m. E. sehr wohl möglichen Weg zwischen unerlaubten juristischen „Schleichwegen" oder sonst zu mißbilligenden Abweichungen von den gesetzlich geregelten Organisationstypen und einer notwendigen und zweckmäßigen Ergänzung und Ausgestaltung der gesetzmäßigen Grundordnung unseres Gesellschaftswesens zu finden.

Gewiß wird ein Kurzkommentar zum GmbHG. diese Dinge nicht in aller Ausführlichkeit behandeln können. Immerhin glaubte ich, im Rahmen einer Besprechung den Wunsch äußern zu sollen, daß in einer künftigen Auflage des Werkes auch diese ungemein wichtige Seite der GmbH.-Praxis nicht völlig außer Acht gelassen werde.

Selbstverständlich könnte man auch in anderer Hinsicht dieses oder jenes beanstanden oder abweichende Auffassungen vertreten. So scheinen mir die teils durch das Gesetz (Aufsichtsrat), teils durch die sachliche Verwandtschaft der GmbH. mit der AktG. gebotenen Bezugnahmen auf das Aktienrecht (eigene Geschäftsanteile, jährliche Bilanz, Liquidations- und Treuhandübertragungen von Geschäftsanteilen, unmittelbare Haftung von Geschäftsführern gegenüber einzelnen Gesellschaftern und Drittgeschädigten) reichlich knapp abgehandelt. Ähnlich verhält es sich mit dem bekannten Problem der „Sonderrechte", bei dessen Erörterung für die Zwecke des vorliegenden Erläuterungsbuches wohl mit Recht in der Hauptsache die herrschende Lehre wiedergegeben wird, obwohl diese alles andere als klar und befriedigend ist. Auch die Bemerkungen über die Durchführung des Führerprinzips bei der GmbH. lassen ein tieferes Eindringen vermissen. Erwünscht wäre ferner für spätere Auflagen eine Zusammenstellung des neueren Schrifttums und vielleicht auch wichtiger Entscheidungen. Die Nachweise im Text sind, entgegen der vom Verf. im Vorwort ausgesprochenen Erwartung, für Spezialstudien kaum ausreichend.

Diese Ausstellungen fallen aber gegenüber der Gesamtleistung nicht irgendwie ernsthaft ins Gewicht. Das Werk wird der täglichen Geschäfts- und Rechtspraxis sicherlich hervorragende Dienste leisten. Darüber hinaus vermittelt es beachtliche Anregungen für die Reform der GmbH. Wenngleich ich es vollauf verstehen kann, daß man wiederholt die Frage aufgeworfen hat, ob nicht diese Gesellschaftsform trotz ihrer Verbreitung im In- und Ausland ein Gebilde darstelle, das sich in seinen praktischen Auswirkungen überwiegend als verderblich oder gefährlich erwiesen habe, so glaube ich doch, daß die GmbH. in absehbarer Zeit nicht zu entbehren ist. Bekennt man sich aber zu dieser Auffassung, so muß man auch den Mut haben, sie in ihrer Eigenart zu erhalten. Jedenfalls würde es m. E. verfehlt sein, den Versuch zu unternehmen, die GmbH. anläßlich einer Reform zu „denaturieren". Wir stehen hier vor der gleichen Frage wie bei der Reform des Aktienrechts. Meine persönliche Meinung geht dahin, daß wir dem Ziel einer wirklichen Überwindung des kapitalistischen Wirtschaftssystems durch gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet der Organisationsformen nur in beschränktem Umfange werden näherkommen können. Eine mindestens ebenso wichtige oder vielleicht noch wichtigere Rolle gebührt der Rechtsprechung und ganz besonders der Satzungs- und Vertragspraxis. Hier muß der Hebel zuallererst angesetzt werden. Richter, Anwälte, Notare und vor allem auch die „angestellten" Rechtsberater der Wirtschaft können aus dem Buch von Groschuff für die Erneuerung und Ausrichtung des GmbH.-Wesens im Sinne der nationalsozialistischen Anschauungen außerordentlich viel lernen. Dem Reformgesetzgeber aber würde durch die Befolgung der von Groschuff gegebenen Hinweise die Arbeit wesentlich erleichtert werden.

Den Schluß des Buches bildet eine von Ernst Kaemmel verfaßte systematische Übersicht der steuerlichen Fragen, die in der GmbH.-Praxis eine Rolle spielen. Es ist Kaemmel vorzüglich gelungen, alle wesentlichen Punkte in einer auch den Nichtspezialisten verständlichen Weise knapp und klar herauszuarbeiten.

Das Erläuterungsbuch von Groschuff-Kaemmel nebst seinem Kurzlexikon wird aller Voraussicht nach zu einem zuverlässigen und unentbehrlichen Hilfsmittel sowohl für die Praxis als auch für die wissenschaftliche und gesetzgeberische Arbeit auf dem Gebiet des GmbH.-Wesens werden.

Prof. Dr. Friedrich Klausing, Frankfurt a. M.

**Dr. Adolf Baumbach, SenPräs. beim KG. a. D.: Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Stand vom 15. Mai 1936. München und Berlin 1936. C. H. Beckʼsche Verlagsbuchh. VIII, 199 S. Preis geb. 4,50 *RM*.**

In der Reihe der Beckʼschen Kurzkommentare in Baumbachscher Erläuterungsweise ist nunmehr als Band 20 obiges Werkchen erschienen. Der erste Eindruck wird leider ungünstig beeinflußt durch den allzu winzigen und engen Kleindruck, der dem leichten Verständnis der Gedankenkette hinderlich ist und anhaltendes Studium zur Qual macht. Der ausgiebige Gebrauch von Sperrdruck und von Fettdruck deutscher und lateinischer Typen und verschiedener Größen in ein und denselben Satz wirkt bei diesem „Augenpulver" störend. An gewisse ungewöhnliche Abkürzungen (z. B. Gster) muß man sich gleichfalls erst gewöhnen. M. E. hätte sich das Ziel, einen Kurzkommentar im Format eines Notizbüchleins zu schaffen, auch bei einem Druck erreichen lassen, der wenigstens dem eines Reklam-Heftes entspricht.

Daß die buchtechnischen Anforderungen zu Lasten des Augenlichts überspannt worden sind, bleibt sehr zu bedauern. Denn zweifellos hat man es hier mit einer wissenschaftlich durchdachten Leistung zu tun. Der Verfasser sagt im Vorwort nicht zu viel, wenn er hofft, „die rechte Mitte gehalten zu haben zwischen einer ausführlichen Erläuterung, wie sie die Praxis selten braucht, und allzu großer Knappheit, die über das Notwendige keinen Aufschluß gibt". Zu den zahlreichen Streitfragen ist mit selbständiger Begründung kurz und klar Stellung genommen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und älterer Kommentare (besonders Brodmann, Scholz). Das seit dem Umbruch 1933 in Zeitschriften verstreute Schrifttum ist leider durch Zitate nicht in Betracht gezogen, obwohl sich gerade darin die Brücke von der Vergangenheit zu den Anforderungen der Gegenwart anbahnt. Infolgedessen wird mancher Leser finden, daß der Kommentar in einzelnen Fragen nicht ganz „auf dem laufenden" ist.

Den Rechtsansichten kann im wesentlichen zugestimmt werden. Es ist unverkennbar das Bestreben vorhanden, mit liberalistischen Vorstellungen zu brechen und den strengeren Rechtsauffassungen der Gegenwart gerecht zu werden. Dies zeigt sich z. B. in der Behandlung der Prüfungspflicht hinsichtlich des Wertes der Sacheinlagen, wenn Bedenken vorliegen (S. 21, 29): ein Hinweis auf die gegenteilige Entscheidung des KG.: JW. 1934, 1124, zu 1, und die Anm. dort hätte sich empfohlen. Die strengere Auffassung zeigt sich ferner im Firmenrecht (S. 15) und in der Frage des Firmenzusatzes „deutsch" (S. 16), es wird aber vom Praktiker ein Hinweis vermißt werden auf die neuere Rechtsprechung des KG. (JW. 1935, 301 f., 436, 3164 ff.) und das Schrifttum zu dieser Frage (JW. 1933, 2102; JurRdsch. 1933, 32; 1934, 81). Die strengere Auffassung zeigt sich endlich bei der Frage der Amtslöschung unzulässig gewordener Firmen (S. 162): die Ansicht Baumbachs entspricht hier der besonders von Crisolli zur zit. Entscheidung des KG. (JW. 1935, 434) in der Anm. entwickelten Gegenmeinung (vgl. auch JurRdsch. 1934, 22, 83; JW. 1934, 948; Koenige, HGB., 4. Aufl., § 18, Nr. 4).

Der in Mißkredit geratenen Einmanngesellschaft ist ein besonderer Abschnitt (S. 44) gewidmet. Wenn der Verfasser diese nicht als „juristische Person" angesehen wissen will, weil ihre Rechtspersönlichkeit „ruhe" bis zur Wiederveräußerung eines Geschäftsanteils, so ist das ein interessanter Versuch, dem Versteckspiel des Einmanns entgegenzutreten; wenn der Verfasser aber trotzdem die Einmanngesellschaft als „Sondervermögen" ansieht, das allein den Gläubigern während des Ruhens hafte, so bewegt er sich m. E. im Kreise: denn die „Rechtspersönlichkeit" jeder Kapitalgesellschaft besteht lediglich in der „Verselbständigung eines Zweckvermögens". Darauf hat der Unterzeichnete mehrfach hingewiesen (JurRsch. 1933, 85, zu I 1; JW. 1934, zu 1 b; 1935, 1739, zu I, II 1, III 1 a, 2 a, 3 a; vgl. ferner Crisolli: Franks NS.-Handbuch, S. 1156).

Einige Mängel sind festzustellen: S. 137 (3. Zeile von oben) muß es statt „unheilbar nichtig" heißen: „heilbar nichtig". Nur bei heilbar nichtigen Mängeln hat das KG. Rückverwandlung der für nichtig erklärten GmbH. in eine erwerbende GmbH. zugelassen. Es wäre bei dieser Gelegenheit zu erörtern gewesen, ob

und inwieweit die von der liberalistischen Rechtsprechung zugelassene Rückverwandlung einer Liquidationsgesellschaft angesichts der vom Gesetzgeber des Dritten Reichs in § 7 VO. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) und §§ 1, 2 Ges. v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) ausgedrückten gegenteiligen Rechtsanschauung heute noch Geltung haben kann (vgl. Groschuff: JW. 1935, 1745, zu 3a). — Ferner: das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zur Gründung (S. 5) beruht weniger auf § 1822 Ziff. 3 BGB., als vielmehr wegen § 24 GmbHG. auf § 1822 Ziff. 10 BGB. Das gleiche gilt für den Erwerb eines Geschäftsanteils, was vom Verfasser, soweit ersichtlich, nirgends erwähnt ist. Auch die Veräußerung eines Geschäftsanteils bedarf der vorm. Gen., weil die wirtschaftliche Sachlage entscheidet und hiernach i. d. R. die Veräußerung eines Anteils am Erwerbsgeschäft anzunehmen ist. Die S. 39 vertretene gegenteilige Ansicht ist vom KG. aufgegeben (1 X 598/28; JFG. 3, 206; vgl. hierzu auch Joh. 44, 128). Daß im Falle der Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. nach § 80 GmbHG. die erfolgreiche Anfechtung des Auflösungsbeschlusses die konstitutive Wirkung der Umwandlung trotz Eintragung der GmbH. beseitige (S. 168 oben), kann nicht anerkannt werden; es entstehen lediglich innergesellschaftliche Schadensersatzansprüche (RG.: JW. 1929, 2136 f.; vgl. ferner jetzt Groschuff: JW. 1936, 1335, zu 5; KG.: JW. 1936, 1382, zu 31). Diese im Fusionsrecht sehr streitige, aber in der Praxis der Neuzeit oft auftauchende Frage hätte wegen ihrer Tragweite wenigstens eine Stellungnahme verdient.

Empfindlich für die tägliche Praxis wirkt sich aus, daß die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form mit keinem Wort erwähnt ist und ein Abdruck der VO. v. 18. Febr. 1932 (RGBl. I, 75) ganz fehlt. Es handelt sich hier um eine Rechtseinrichtung, deren Gültigkeitsdauer erst kürzlich durch VO. vom 10. Juni 1936 (RGBl. I, 48) bis zum 30. Juni 1937 verlängert ist und die voraussichtlich als Dauereinrichtung in das neue Aktien- und GmbH.-Recht übernommen werden wird. — Auf S. 7 ist ferner zwar die Gesellschaftssteuer erwähnt, aber nicht aufgeklärt, ob es heute noch einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts bedarf, und wo die einschlägige Bestimmung zu finden ist. Die das Registergericht täglich beschäftigende Frage, ob und inwieweit die Legitimation der Gesellschafter nachzuprüfen ist, ist — soweit ersichtlich — nirgends erörtert, obwohl sie das KG. mehrfach beschäftigt hat (Joh. 39, A 122; DNotZ. 1934, 858[4]) und die Rechtsfolgen in allen Fällen konstitutiver Eintragung einschneidend sind.

Für eine Neuauflage wird sich noch empfehlen, der Vollständigkeit halber bei den §§ 71, 84 kurz darauf hinzuweisen, daß hier eine Neufassung durch § 127 der neuen VerglO. v. 26. Febr. 1935 vorliegt, da ein Hinweis auf diese Änderung in der „Einleitung" — ebenso wie zu § 81 a — fehlt. Eine Bereicherung des Sachregisters, in dem Stichworte, wie „vormundschaftsgerichtliche Genehmigung", „Testamentsvollstrecker", „Legitimation der Gesellschafter" vom eiligen Praktiker noch vermißt werden, wird sicherlich nicht ausbleiben.

AGR. Groschuff, Berlin.

**Das gesamte Recht der Wirtschaftswerbung. (Werberecht, Werbeabgabe, Wettbewerbsrecht.) Rechtssystematische Darstellung nebst den wichtigsten Gesetzen, Verordnungen, Ausführungsvorschriften und Bekanntmachungen im Wortlaut. Von Dr. jur. Heinrich Troeger, Verwaltungsrechtsrat, unter Mitarbeit von Dr. rer. pol. Heinrich Acker. Leipzig 1936. Verlag Felix Meiner. 392 S. Preis geb. 9,50 RM.**

Vor einigen Monaten hat die Reichsgruppe Industrie „die Gesetze, Verordnungen und Bekanntmachungen über Wirtschaftswerbung und verwandte Gebiete" herausgegeben. Der Satz für die insgesamt 63 Gesetze, Bekanntmachungen, Verordnungen, Erlasse, Anregungen dieser Veröffentlichung ist für das Buch Troegers erneut verwendet worden. Es enthält außerdem eine rechtssystematische Darstellung des Inhalts aller dieser Bestimmungen. Da das Werk im Mai 1936 abgeschlossen wurde, konnte die 18. Bekanntmachung des Werberats v. 9. Juli 1936 noch nicht berücksichtigt werden.

Der rechtssystematische Teil will „keine rechtswissenschaftliche Untersuchung sein, weder rechts- noch wirtschaftspolitisch Stellung nehmen, sondern allein der Wirtschaftspraxis dienen". Das Buch bringt dann auch außer den fälschlich so genannten „Entscheidungen des Werberats" (in Wirklichkeit Willenskundgebungen darstellend, siehe JW. 1936, 901 ff.) kaum irgendwelche Urteile und niemals Lehrmeinungen und Streitfragen.

Nun wird der Kaufmann, für den das Buch bestimmt ist, zwar dankbar sein, wenn ihm das Durcharbeiten der voneinander abweichenden Lehrmeinungen in der Regel erspart bleibt, indessen ist doch im Werberecht manches von vornherein zweifelhaft geblieben, vieles in letzter Zeit zweifelhaft geworden. Da, wo kein sicherer Boden vorhanden ist, müßte dies auch dem Laien bekanntgegeben werden. Das gilt z. B. für die Frage der Zuständigkeit des Werberats, die von der Auslegung des Begriffs „Wirtschaftswerbung" abhängig ist. Wir finden auf Seite 8 zwar:

„Die Zuständigkeit des Werberats bezieht sich nur auf die Wirtschaftswerbung, die nicht Wirtschaftswerbung ist, ferner amtliche Bekanntmachungen, Familienanzeigen und andere Anschläge und Anzeigen, Ausstellungen, die anderen als wirtschaftlichen Zwecken dienen, fallen grundsätzlich nicht unter die Aufsicht des Werberates."

Was anschließend als zweifelhaft behandelt wird, ist aber nur die Frage, ob Werbung, die anderen als wirtschaftlichen Zwecken dient, vom Werberat, z. B. zum Zwecke der Normierung auch unter die Vorschriften gezwungen werden kann, die als geschäftliche Werbung gelten. Dagegen fehlt eine Behandlung der außerordentlich wichtigen Frage nach der Abgrenzung zwischen Wirtschaftswerbung und Wettbewerb. Da der Werberat, zumal in letzter Zeit, auf das Gebiet des reinen Wettbewerbs übergreift und über die Gewährung von Treurabatt, Zugaben, die Gestaltung der Kaufverträge befindet, so ist es erforderlich, dem Kaufmann zu zeigen, wie weit die Befugnisse des Werberats reichen und wo sie zu Ende sind. Die Eingriffe des Werberats können oft von außerordentlicher weittragender Bedeutung sein und die Betätigungsfreiheit des Kaufmanns und des Industriellen auf das Empfindlichste stören.

Es hätte daher auch dem Kaufmann mitgeteilt werden müssen, daß der Werberat für den Wettbewerb nur insoweit zuständig ist, als sich die Begriffe Wirtschaftswerbung und Wettbewerb durchaus decken. Wirtschaftswerbung liegt etwa keineswegs da vor, wo der Kaufmann für sich wirbt, oder wo eine Handlung für ihn, eine Unterlassung gegen ihn wirbt. Wirtschaftswerbung ist vielmehr nur dann gegeben, wenn der Kaufmann Worte, Bilder oder Zeichen formt, um durch die Verkündung des gerade so Geformten seinen Absatz zu heben. Da der Werberat seine Willenskundgebungen vielfach nicht, vielfach nur recht knapp begründet, da es ferner gegen die Verfügung des Werberats keinen geordneten Rechtsmittelzug gibt, so ist die Abgrenzung der Werberatszuständigkeit und die Bekanntgabe der Grenzen des Werberechts für das Wirtschaftsleben schlechthin unentbehrlich. Es ist sicher, daß, wenn der Werberat unzuständigerweise tätig werden sollte, seine Verfügung so wenig befolgt zu werden braucht, wie irgendein aus Gründen der Unzuständigkeit fehlerhafter Staatsakt der anderen Behörden.

Die Möglichkeit, im Regreßwege nach § 839 BGB. den Werberat in Anspruch zu nehmen, wenn er seine Befugnisse überschritten hat, ist allein für den Gewerbetreibenden kein Trost. Gleichwohl ist es dankenswert, daß Troeger auf Seite 50 diese Möglichkeit erörtert. Eine ausführliche Ergänzung der Erörterungen wäre sehr zu wünschen.

Wenn auch das Buch von Troeger in erster Linie dem Mann der Praxis „in einer ohne rechtliche Vorbildung zugänglichen Form und Sprache Auskunft über alles Bedeutsame" geben will, so hat doch auch der Anwalt und Richter von dem Werk Nutzen. Die einschneidenden Bestimmungen für das Anzeige- und Plakatgeschäft, die infolge zahlreicher Nachträge im Gesetzestext die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit vielfach verloren haben, faßt Troeger in klarer, leicht greifbarer Form zusammen und führt den Juristen, der sich mit dem Anzeigen-Preisrecht noch nicht befaßt hat, auf einfache Weise in die Materie ein. Im Rechtsstreit über Anzeigengeschäfte wird das Buch ein ausgezeichnetes Hilfsmittel sein.

Auch das Kapitel des unlauteren Wettbewerbs Seite 176—201 ist lesenswert. Wenn freilich Troeger auf Seite 177 ausführt:

„Das Gesetz über Wirtschaftswerbung und die Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft, welche neben die Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes getreten sind, haben die Regelung (nicht nur die Kontrolle) des Wettbewerbs zu einer staatlichen Aufgabe gemacht und greifen damit weit über die Grenzen hinaus, welche der Gesetzgeber in dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb gezogen hat. Jetzt wird jeder unlautere Wettbewerb durch den Werberat von Amts wegen unterdrückt; die Initiative liegt nicht mehr ausschließlich in der Hand des Konkurrenten, das schnelle und elastische Verwaltungsverfahren beim Werberat der deutschen Wirtschaft macht die Erhebung der Unterlassungsklage nach den Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes im allgemeinen überflüssig."

so ist dem keineswegs zuzustimmen. Bei weitem nicht jeder unlautere Wettbewerb wird vom Werberat von Amts wegen unterdrückt. Der unlautere Wettbewerb der §§ 12, 17, 20 UnlWG. wird vom Werberat nicht verfolgt. Soweit sich die Begriffe, Wirtschaftswerbung und Wettbewerb, decken, wird der Werberat da nicht tätig, wo die ordentlichen Gerichte den Wettbewerbsvorgang bereits behandeln. In vielen Wettbewerbsfällen, für die der Werberat an sich zuständig wäre, kann er deshalb nicht Wandel schaffen, weil ihm die Mittel zur gründlichsten Untersuchung des Sachverhaltes nicht, wie den Gerichten, zur Verfügung stehen. Daß das Verfahren beim Werberat

die Erhebung der Unterlassungsklage im allgemeinen nicht überflüssig macht, zeigt der Geschäftsumfang der Kammern für Handelssachen. Auch sollten die Kaufleute nicht veranlaßt werden, sich des Werberats statt der ordentlichen Gerichte und der Einigungsämter zu bedienen. Denn das Vergleichsverfahren durch die Einigungsämter schafft Befriedigung der Streitparteien, das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten bringt erschöpfende rechtskundigste Klärung der Streitfrage. Beide Verfahren schaffen Rechtskraft. Der Werberat kann seine Entscheidung aber jederzeit wieder aufheben. Sein Verfahren ist knapp und der restlosen Tatbestandsaufklärung abträglich. Seine „Judikatur“, wenn man sich einmal der Ausdrucksweise Troegers anschließen soll, ist mit der des RG. nicht vergleichbar. Die ständige Rechtsprechung der Gerichte geht zudem, der herrschenden Lehre folgend, davon aus, daß die Willenskundgebung des Werberats die Gerichte nicht binde. Wer also glaubt, mit einer Werberatsverfügung, die für ihn spricht, seine Lage im Wettbewerbsprozeß verbessern oder gar sichern zu können, irrt durchaus. Aufgabe des Werberats ist es, die großen Linien für den Inhalt der Werbung herauszugeben, nicht aber den Wettbewerbsrichtern und den Einigungsämtern das Betätigungsfeld zu beengen oder gar der Rechtsprechung vorzugreifen.

Das Buch bringt bereits die 17. Bekanntmachung des Werberats und eine Erläuterung der parallellaufenden Preußischen Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens vom 5. Mai 1936. Dadurch, daß sich das Land Preußen der 17. Bekanntmachung angeschlossen hat, erhält sie besondere Bedeutung und praktische Vollstreckbarkeit. Es ist dem Werberat zu danken, daß es ihm gelungen ist, das schwierige Gebiet der Heilmittelwerbung einer endgültigen Regelung zuzuführen.

Das Werberecht verdient mehr Beachtung bei den Juristen, als es bisher gefunden hat. Das Buch wird dazu dienen, die Beschäftigung mit dem Werberecht zu ermöglichen. In Erwartung, daß es diesen Zweck erfüllen möge, darf dem Verfasser der Dank für die Mühe ausgesprochen werden, der er sich unterzogen hat.

RA. Dr. Culemann, Düsseldorf.

**Die neuen Steuern mit sämtlichen ab 1935 gültigen neuen Reichssteuergesetzen. Erläutert durch die Rechtsprechung des RFH. und die Erlaßpraxis der Reichsfinanzverwaltung sowie mit sonstigen für den Steuerzahler wichtigen Hilfsmitteln unter Mitwirkung von RA. Dr. Erler, RA. Dr. Herrmann, ORegR. Kloeber, ORegR. Kniepper, RFinR. Dr. Koch, RegR. Weise. Herausgegeben von RA. Dr. Koppe. Berlin 1936. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis des Grundwerks 10 RM, der Ergänzungsblätter je 0,04 RM und Porto.**

Die Ergänzungslieferungen 10—13 des zuletzt JW. 1936, 94, besprochenen Werkes enthalten die Ende 1935 und in der ersten Hälfte 1936 ergangenen steuerlichen Bestimmungen. Von dem zahlreichen Inhalt wird auf folgendes verwiesen:

Veranlagungsrichtlinien v. 30. Dez. 1935.
Bescheid des RFM. v. 25. April 1936 über Zweifelsfragen zur Vermögensteuer.
Bescheid des RFM. v. 20. Mai 1936 zur Frage, inwieweit der Rechtsnachfolger gegen Einheitswertfeststellungen, die gegenüber dem Rechtsvorgänger getroffen worden sind, Rechtsmittel einlegen kann.
Runderlaß des RFM. v. 5. Juni 1936 betr. Ergänzung der Veranlagungsrichtlinien zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer 1935 und schließlich
das Urkundensteuergesetz v. 5. Mai 1936 mit Erläuterungen.

D. S.

**Dr. Kurt Münch: Wirtschaftliche Selbstverwaltung. Hamburg 1936. Hanseatische Verlagsanstalt AG. 127 S. Preis kart. 6,60 RM, geb. 7,60 RM.**

„Es gilt die Synthese zu finden zwischen der Freiheit des schöpferischen Geistes und der Verpflichtung dem Volksganzen gegenüber.“

Mit diesen Führerworten, mit denen das Buch schließt, ist die Aufgabe der Wirtschaftlichen Selbstverwaltung umrissen. Von diesem Gesichtspunkte aus geht der Verfasser an den Versuch, in vier großen Abschnitten die wirtschaftliche Selbstverwaltung nach ihrem rechtlichen, historischen und volkswirtschaftlichen Aufbau als die Grundform völkischer Wirtschaft darzustellen, der eine neue gestaltende Kraft für den Aufbau der neuen Wirtschaftsordnung innewohnt. Eine Kraft, die sie befähigt, „die individualistischen Wirtschaftsorganisationen durch echte Wirtschaftsgemeinschaften zu überwinden“.

Der Versuch ist dem Verfasser vollauf gelungen. Und deshalb bedeutet das Buch tatsächlich weit mehr als eine der vielen Neuerscheinungen über Wirtschaftsorganisationen.

Der Verfasser untersucht zunächst das Wesen der Körperschaft, ausgehend von der Erkenntnis, daß die Spaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht aufgehoben ist und daß die hoheitlichen Befugnisse heute innerhalb des neuen Gemeinschaftsrechtes etwas ganz anderes bedeuten als früher, daß ferner die Körperschaft eine personenrechtlich aufgebaute Gemeinschaft ist. Im Zusammenhang hiermit stellt der Verfasser — für die heute häufig noch bestehenden tatsächlichen Zustände fraglos mit Recht — scharf die „noch bestehende individualrechtliche (und kapitalistische) Struktur der gesamten privatwirtschaftlichen Organisationsformen“ (Konzerne, Kartelle, Aktiengesellschaften, Vereine usw.) der nationalsozialistischen Körperschaft gegenüber, als deren Beispiele er später den Reichsnährstand und die Organisationen der landwirtschaftlichen Marktordnung anführt. Hierzu muß freilich gesagt werden, daß kraft des Umbruchs zum nationalsozialistischen Rechtsdenken auch innerhalb des Sektors der gewerblichen Wirtschaft der „individualistische Rechtsbegriff“ des Vereins (Kartells usw.) überwunden ist, d. h. daß heute rechtlich Kartelle usw. als Treuhänder der Volksgesamtheit angesehen werden müssen — mit allen den Konsequenzen, die sich ergeben, wenn sie den daraus entspringenden Verpflichtungen nicht nachkommen —, daß heute auch „privatwirtschaftliche“ Gesellschaften Gemeinschaften darstellen, deren Mitglieder untereinander in irgendeiner Beziehung in gegenseitiger Treuepflicht verbunden sind, auch wenn praktisch häufig der individualrechtliche (und deshalb zu bekämpfende) Charakter noch stark überwiegt.

Im Anschluß an diese grundlegenden Ausführungen über Körperschaften behandelt der Verfasser die Einordnung der Körperschaft in den Staat und kommt damit zu dem eigentlichen Problem der „Selbstverwaltung“. Er stellt hier den liberalen „Staatsaufsichts“-gedanken dem nationalsozialistischen Führungsgedanken gegenüber. „Aufbau der ... Selbstverwaltung heißt Aufbau engerer Gemeinschaften innerhalb der umfassenden Volksgemeinschaft...“ „Führung“ bedeutet die „Ausrichtung dieser engeren Gemeinschaften auf die Einheit der völkischen Notwendigkeiten“.

Nach diesen ganz grundsätzlichen Untersuchungen gibt der Verfasser einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der wirtschaftlichen Selbstverwaltung. Er behandelt die Zünfte, die kaufmännischen Korporationen, die Kammern des 19. Jahrhunderts, die Innungen, Kartelle und Syndikate der Vorkriegszeit, sodann die Kriegswirtschaft und die Entwicklung der Wirtschaftsorganisationen nach dem Kriege, hier insbesondere die Zwangskartelle der Kohlen- und Kaliwirtschaft. Ein weiterer besonderer Abschnitt behandelt die sogenannte privatwirtschaftliche „Stützungskartellierung“ der Jahre 1930/32, nämlich das Zündwarenmonopol, die ernährungswirtschaftlichen Zusammenschlüsse und die Schifferverbände dieser Jahre als Beispiele dafür, daß sich in „überkommenen privatrechtlichen Formen auch nur private Interessenwirtschaft vollziehen kann“ (S. 56). Den Schluß dieses Abschnitts bildet die Zwangskartellgesetzgebung von 1933 und eine Darstellung der Pflichtgemeinschaft der Braunkohlenindustrie. Der Zwangskartellgesetzgebung kommt nach Auffassung des Verfassers Notcharakter zu. Äußerst interessant und m. E. zutreffend sind in diesem Zusammenhange die Ausführungen des Verfassers über das Führerprinzip bei Kartellen (S. 59/60). In der Braunkohlenpflichtgemeinschaft erblickt der Verfasser dagegen mit Recht eine neue zukunftweisende Rechtsform.

Der nächste Abschnitt behandelt eingehend die Ernährungswirtschaft, insbesondere den Reichsnährstand als Selbstverwaltungskörperschaft neuen Rechtes sowie die marktregelnden Organisationen als neue Formen wirtschaftlicher Selbstverwaltung. Gerade dieser Abschnitt ist besonders wertvoll, weil hier Aufbau, Funktion und Einordnung der ernährungswirtschaftlichen Verbände rechtswissenschaftlich untersucht werden.

Der kurze Schlußabschnitt faßt schließlich die Ergebnisse der Untersuchung zusammen, d. h. die Erkenntnis, daß die neue wirtschaftliche Selbstverwaltung Grundform völkischer Wirtschaft ist, deren eigenständiges Leben durch die Staatsführung dem Grundgesetz des völkischen Ganzen eingeordnet ist.

Zusammenfassend ist das Buch wohl eines der besten Werke über das Problem der Selbstverwaltung und der neuen Wirtschaftsorganisation überhaupt.

RA. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

**Dr. H. Hoffmann, RegAss., Ref. im Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda: Theaterrecht, Bühne und Artistik. Zusammenfassende Darstellung des gesamten Theaterrechts unter Berücksichtigung der Anordnungen der Reichskulturkammer und -theaterkammer, sowie der Bestimmungen der RGewO. nebst Text mit Anmerkungen. (Vahlens gelbe Hefte.) Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 159 S. Preis 4,50 RM.**

Das Buch bringt neben einer sorgfältigen Zusammenstellung

der für den Theaterunternehmer und die Theaterangestellten wichtigen gesetzlichen Bestimmungen, Verordnungen und Anordnungen, der Reichstheaterkammer, eine einleitende, zusammenfassende Darstellung der wesentlichsten Grundzüge des neuen Theaterrechts. In dieser Darstellung wird unter anderem die Regelung der ständigen und gelegentlichen Theaterveranstaltungen und Laienspiele, die Aufgaben und Befugnisse des Reichsdramaturgen, die Aufsicht über die Theater, die Reichstheaterkammer und ihr Wirkungskreis kurz geschildert; außerdem enthält sie eine knappe Einführung in das Bühnenvertragsrecht und das Recht der Artistik. In dem Hauptteil des Buches, der die Gesetze, Verordnungen und Anordnungen enthält, ist das Theatergesetz als wichtigste Grundlage des Theaterrechts mit einigen Erläuterungen versehen worden, die für den Praktiker wichtige Hinweise enthalten. Das übrige Gesetzesmaterial ist nur in seinem Wortlaut wiedergegeben. Das Buch erleichtert dem Praktiker des Theaterrechts die Einführung in dieses recht unübersichtliche Gebiet und bietet ihm die Möglichkeit, sich in zuverlässiger Weise über den jetzigen Rechtsstand zu unterrichten. Durch die einleitende Darstellung wird auch den jetzigen Rechtswahrern, die bisher keine Gelegenheit hatten, sich mit dem Theaterrecht zu befassen, die Möglichkeit gegeben, sich einen Überblick zu verschaffen.

RA. Dr. Wilhelm Ritter, Berlin.

**Dr. Heinrich Stoll, Prof. der Rechte an der Universität Tübingen, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht: Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Herausgegeben von dem Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht Reichsminister Dr. Hans Frank.) Tübingen 1936. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). VII u. 145 S. Preis brosch. 6 *RM*.**

Die vorliegende Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht ist aus einem von Prof. Dr. Stoll vorgelegten Bericht entwickelt worden. Im Okt. 1935 wurde die Denkschrift bereits Herrn RMin. Dr. Frank überreicht und wird nunmehr auch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, um auch auf diese Weise Anregungen von berufener Seite zu erhalten. Die Schrift will also selbst noch keine Vollendung sein. Dabei ist es im Rahmen einer kurzen Besprechung kaum möglich, eine vollständige Würdigung der Denkschrift zu geben, sondern es kann dies nur in allgemeinen Zügen erfolgen und die Arbeit in ihrer grundlegenden Bedeutung nicht erschöpft werden.

Die Denkschrift geht von der Erkenntnis aus, daß auf dem Gebiet des Schuldrechts gerade in der Lehre von den Leistungsstörungen durch die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse seit dem Inkrafttreten des BGB. und durch die grundlegende Änderung der Rechtsauffassung eine Erneuerungsarbeit dringend erforderlich ist. Dabei stellt sich der Ausschuß theoretisch das Ziel, das Gebiet der Leistungsstörungen unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu erfassen und insbesondere auch hier die nationalsozialistische Rechtsidee zum Durchbruch zu bringen und praktisch die theoretisch gewonnenen Grundgedanken auch für eine gesetzgeberische Neugestaltung dieses Rechtsgebiets zu verwerten. Es soll sich dabei um eine wertvolle Vorarbeit für zukünftige gesetzgeberische Lösungen handeln. Dabei geht der Ausschuß von der Annahme aus, daß eine vollkommene Neugestaltung des Schuldrechts vorläufig nicht in Frage kommen wird, daß aber gewisse drängende Übelstände auch hier im Wege der Novellengesetzgebung geändert werden müssen. Der Ausschuß entscheidet sich danach für den Weg einer Teilreform und faßt die Ergebnisse seiner Besprechungen in einem Gesetzesvorschlag zusammen, der sich dem Aufbau des BGB. einfügt. Diese Teilreform soll somit als Erfahrung für eine zukünftige Gesamtreform des bürgerlichen Rechts dienen und schon jetzt erzieherisch auf alle Volksgenossen einwirken, auch beim rechtsgeschäftlichen Verkehr die Gemeinschaftsinteressen zu beobachten.

Die Grundlagen einer Teilreform erblickt der Ausschuß in dem Gemeinschaftsgedanken, in dem Treuegedanken und dem sozialistischen Gedanken. Mit scharfer Betonung hebt die Denkschrift hervor, daß die Verfolgung der eigenen Interessen zwar die Triebfeder zum Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages sein wird, daß aber trotzdem auch im Schuldrecht „die Ichbezogenheit hinter der Volksbezogenheit, eigene Interessen zugunsten der Gemeinschaft" zurücktreten müssen. Das einzelne schuldrechtliche Geschäft hat ja nicht nur die Bedeutung der Interessenbefriedigung des Einzelnen, sondern ist nur ein Teil aller der Geschäfte, die in ihrer Gesamtheit die Gemeinschaftsaufgabe der sinnvollen Güterbeschaffung und der Güterverteilung regeln. Darin liegt das eigentliche Ziel und der Endzweck jedes Schuldverhältnisses und damit ergibt sich die Erkenntnis, daß in dem Moment, dem Schuldverhältnis die Rechtswirkung versagt werden muß, in dem es seinen Zweck offenbar nicht mehr erreichen kann, und das ist dann der Fall, wenn es sich nicht mehr um eine sinnvolle Güterverteilung handelt, sondern um rücksichtslose Verfolgung der Gläubigerinteressen auf Kosten des Schuldners. Aus diesen Erwägungen kommt der Ausschuß zur Anerkennung des Begriffs der „Opfergrenze", der von Heck geprägt worden ist, und nähert sich damit den Forderungen der Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz.

Der Gemeinschaftsgedanke soll aber nach Auffassung des Ausschusses nur für die Volksgemeinschaft Anwendung finden und die Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner daher mit dem Treuegedanken erfaßt werden, der hier als besondere Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes bezeichnet wird. Der Treuegedanke verpflichtet beide Parteien, gebührend Rücksicht aufeinander zu nehmen. Der Ausschuß unterscheidet jedoch hier grundsätzlich zwei verschiedene und streng zu scheidende Pflichten, nämlich die Leistungspflichten des Schuldners und die Schutzpflichten, die beiden Parteien obliegen. Während die Leistungspflichten den eigentlichen Inhalt des Schuldverhältnisses bilden, bestehen darüber hinaus die sogenannten Schutzpflichten, die beide Parteien verpflichten, Schädigungen aller Art abzuwehren, die bei den Vertragsverhandlungen und bei der Durchführung der Vertragsleistungen entstehen. Es handelt sich hierbei also um den Kreis der Verpflichtungen, die man früher unter dem Begriff „Haftung für das Verhalten bei Vertragsabschluß" zusammenfaßte.

Als dritten entscheidenden Grundsatz für die Gestaltung des schuldrechtlichen Vertrages führt der Ausschuß den sozialistischen Gedanken an, denn die nationalsozialistische Rechtsidee verlangt einen Schutz des Schwachen in seinen lebenswichtigen Belangen. Das bedeutet nicht, daß der Schuldner immer dann, wenn er seine vertraglichen Verpflichtungen nur mit gewissen Schwierigkeiten erfüllen kann, sich durch Berufung darauf, daß es unbillig wäre, jetzt noch Leistungen von ihm zu verlangen, befreien kann. Es wird im Gegenteil scharf betont, daß derjenige, der eine Verpflichtung übernommen hat, seine Pflicht und Ehre darin sehen muß, sie auch in schwierigen Lagen zu erfüllen. Es soll auch in Zukunft grundsätzlich an der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit festgehalten werden, da diese dem nationalsozialistischen Gedanken entspricht, daß die Gemeinschaft nicht dazu da ist, dem Einzelnen die Verantwortung für sein eigenes Schicksal abzunehmen. Wenn es jedoch zu unbilligen Auswirkungen der Vertragsfreiheit kommt dadurch, daß wirtschaftlich schwächere oder weniger erfahrene Volksgenossen in ihren Belangen beeinträchtigt werden, dann ist zugleich auch die Gemeinschaft verletzt, und es besteht Grund zum Einschreiten. In diesen Fällen wird ein richterliches Gestaltungsrecht den Vertrag sozialistischen Forderungen anpassen können.

Von diesen angegebenen Grundauffassungen werden dann alle Einzelfälle geregelt und paragraphenmäßig in einem Gesetzesvorschlag niedergelegt. Dabei wird dem eigentlichen Gesetz, wie es bei den Gesetzen des Dritten Reiches üblich geworden ist, ein Vorspruch vorangestellt, der die wesentlichen Gedanken enthält und der dem Richter Richtschnur für die Auslegung des Gesetzes sein soll. Damit wird sich aber m. E. eine Anzahl von Paragraphen, die im eigentlichen nur noch einmal den Inhalt des Vorspruchs wiederholen, erübrigen. Wenn es z. B. in dem Vorspruch heißt: „Schuldner und Gläubiger müssen beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes aufeinander gebührende Rücksicht nehmen und haben zur Erreichung des Vertragszwecks gegenseitig vertrauensvoll zusammen zu arbeiten", dann ist es m. E. überflüssig, dasselbe — wenn auch in etwas anderen Worten — noch einmal in § 1 Abs. 3 Satz 1, § 2 Abs. 2 und 3 zu wiederholen. Wenn man einen allgemeinen Tatbestand schafft, dann kann man auf eine Einzelregelung insoweit verzichten.

Im allgemeinen ist die vorliegende Denkschrift bestimmt ein wertvoller Beitrag zur kommenden Neugestaltung des Schuldrechts. Insbesondere ist die sprachliche Fassung des Gesetzesvorschlages lobend zu erwähnen, obgleich hierbei für den Ausschuß die Notwendigkeit bestand, sich in gewissem Sinne der Sprechweise des BGB. anzuschließen, da es für ihn ja darauf ankam, eine Teilreform zu schaffen. Es ist aber trotzdem gelungen, den Gesetzesvorschlag in sprachlich einwandfreier Weise klar und verständlich auszuführen.

RA. Dr. Otto Rilk, Berlin.

**Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Herausgegeben von Reichsjustizminister Dr. Franz Gürtner. 2. Aufl., nach den Ergebnissen der 2. Lesung neu bearbeitet. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 570 S. Preis brosch. 7 *RM*.**

Das kommende deutsche Strafrecht steht im Brennpunkt des Interesses. Die mit dem Rechte beruflich nicht befaßten Kreise sind nicht minder gespannt und voller Erwartung auf das endgültige

Strafgesetzbuch als die Rechtswahrer, soll doch in diesem Gesetz das deutsche Volk erstmalig einen umfassenden und in jeder Weise hinreichenden Schutz seiner Güter, seines Lebenswillens und seiner selbst erhalten und damit endlich das getan werden, was jahrzehntelang verabsäumt worden ist. Es ist daher — stärker als bei jedem anderen Gesetz — die Durchdringung der Materie mit der nationalsozialistischen Weltanschauung erforderlich, die sich nicht in diesem oder jenem Strafmaß bei diesem oder jenem Delikt zeigt, sondern die Ausdruck findet in dem Geist, in dem Gesamtcharakter des Gesetzes, in seinem Aufbau und seiner Anlage und in seinen grundsätzlichen Normen. Schärfer und kritischer als bei anderen Gesetzen verfolgt daher auch die Bewegung die Arbeiten an der Neuschöpfung des Strafrechts, damit dieses neue Strafrecht dann auch ein endgültiges nationalsozialistisches Strafrecht werde und nicht nach dem Inkrafttreten bald wieder das Verlangen nach Reformen laut werden kann. Die vorliegende Besprechung kann und soll diese kritische Überprüfung nicht bringen; dazu ist der Rahmen einer Buchbesprechung angesichts des gewaltigen Stoffes und der Fülle der zu behandelnden Fragen zu groß. Solche Untersuchungen werden vielmehr zur gegebenen Zeit in Einzelabhandlungen angestellt werden. Hier soll nur ein kurzer berichtender Überblick gegeben werden.

Dem „Besonderen Teil", dessen Beibehaltung bereits in der Lesung des „Allgemeinen Teils" festgestellt worden ist, ist auch in der 2. Auflage (nach den Ergebnissen der 2. Lesung) ein ausführlicher Beitrag von Freisler über Aufbau und Aufgabe des Besonderen Teils und die Gestaltung seiner Tatbestände vorangestellt. In ihm werden die Gründe dargestellt, aus denen von der in 1. Lesung beschlossenen Einteilung abgegangen und die Einteilung wie folgt festgelegt ist: Schutz des Volkes, Schutz der Volkskraft, Schutz der Volksordnung, Schutz der Volksgenossen und Schutz des redlichen Wirtschaftslebens. Der Beitrag Freislers befaßt sich ferner mit der Frage der Systematik und kommt mit dem Vorschlag der 2. Lesung zum Ergebnis (entgegen der preußischen Denkschrift), daß der Allgemeine Teil beginnen und der Besondere Teil folgen soll. Keine endgültige Stellungnahme ist zu der Frage eines Vorspruches getroffen worden, wie es besonders von dem Reichsrechtsamt der NSDAP. in den Richtlinien für ein nationalsozialistisches Strafrecht gefordert und formuliert ist. Dagegen ist der in der 1. Auflage vorgeschlagene Entwurf eines — vor den Allgemeinen Teil zu setzenden — „Grundsätzlichen Teiles" nach erheblichen stilistischen Änderungen und straffer Zusammenfassung in IX Stücke von der 2. Lesung in den amtlichen Entwurf aufgenommen. Es ist auch weiterhin vorgesehen, beiden Teilen einen grundsätzlichen Teil oder Vorspruch (dieser im Sinne der Strafrechtsleitsätze des Reichsrechtsamts der NSDAP.) voranzuschicken, der in den Geist des neuen Gesetzes einführt und die bekenntnishaft bedeutsamen Bestimmungen herausschält, insbesondere die Treuepflichtverletzung als tiefste Begründung des Strafrechts deutlich macht. In dieser grundsätzlichen Auffassung des Verbrechens als Treuepflichtverletzung hat die Hinwendung zu den Strafrechtsleitsätzen des Reichsrechtsamts sich deutlich vollzogen.

Der Entwurf faßt die — in Einzeltatbeständen bestehen bleibenden — Verbrechen des Hochverrats und des Landesverrats unter dem neuen Begriff des Volksverrates zusammen, wobei der Volksverrat nach germanischem Vorbild nur von den eigentlichen Volksgenossen, den Reichsbürgern, begangen werden kann, während entsprechende Verbrechen von Nicht-Reichsbürgern (auch ehemaligen Reichsbürgern, z. B. Ausgestoßenen) in dem Abschnitt „Volksfeindliche Handlungen der Ausländer" behandelt werden. Die Tatbestände des Hoch- und Landesverrats (Volksverrates) sind wesentlich erweitert und vielfältig untergruppiert worden. So fällt nach dem Entwurf auch die Zersetzung der Wehrmacht oder Polizei, der SA., SS. oder des NSKK. unter den Begriff der Vorbereitung zum Hochverrat und hier unter die ausdrücklich als besonders gefährlich bezeichneten und mit Todesstrafe bedrohten Erscheinungsformen.

In 2. Lesung ist — als Folge der Nürnberger Gesetze — ein neuer Abschnitt aufgenommen, der bisher völlig fehlte und nunmehr die zerstreuten Bestimmungen einheitlich zusammenfassen und an erster Stelle der 2. Gruppe, Schutz der Volkskraft, behandeln soll. Es ist dies der Abschnitt „Angriff auf Rasse und Erbgut". Er soll u. a. die Strafbestimmungen der Nürnberger Gesetze und des EhegesundheitsG. enthalten, ferner Verbot zum Schutz der Fortpflanzungskraft, die verschiedenen Abtreibungstatbestände. Der Abschnitt enthält als Kernstück die Verbrechen des „Rasseverrats" und der „Verletzung der Rassenehre", worunter der schamlose, öffentliche Verkehr zwischen Juden und Deutschen fällt, durch den der Rassenstolz des deutschen Volkes verletzt wird. Als Beispiel — das der preußischen Denkschrift entnommen ist — ist das unanständige Tanzen eines Juden mit einer Deutschen angeführt. Die Selbstzerstörung der Zeugungskraft wird ebenfalls unter Strafe gestellt. Gegenüber der 1. Lesung sind die Abtreibungstatbestände geändert. Die eugenische Indikation ist nunmehr (auf Grund der Novelle zum ErbkrNachwGes.) straffrei; dagegen ist die medizinische Indikation (vom ErbkrNachwGes. abgesehen) nicht mehr — wie in der 1. Lesung vorgesehen — im Falle „einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Mutter", sondern nur noch zulässig, „um die Schwangere aus einer ernsten Gefahr des Todes oder einer schweren dauernden Gesundheitsschädigung zu retten".

Der Abschnitt über „Angriffe auf die Wehrkraft" hat infolge der Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht eine umfassende Änderung erfahren. U. a. ist ein dem Schutze der Partei entsprechender Schutz der Führung der Wehrmacht gegen Gewalttätigkeiten und Verunglimpfungen aufgenommen worden. Die Vorschriften zum Schutze der geistigen Wehrbereitschaft (des völkischen Wehrwillens usw.) sind vorangestellt worden, der Schutz der materiellen Wehrkraft wird nunmehr anschließend behandelt.

In dem Abschnitt der „Angriffe auf Ehe und Familie" sind in der 2. Lesung u. a. folgende Änderungen vorgenommen worden: Das Merkmal der Böswilligkeit bei der öffentlichen Schmähung von Ehe und Mutterschaft ist fallengelassen, bei der Verächtlichmachung ist es beibehalten worden. Bei der Bestrafung der „Verletzung der Unterhaltspflicht" ist nunmehr auf das Merkmal der „erheblichen Gefährdung des Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten" abgestellt worden; dabei sind als Beispiele erheblicher Gefährdung die notwendige Inanspruchnahme öffentlicher oder sonstiger Hilfe angeführt. L.

**Angestelltenversicherungsgesetz nebst Ausführungsvorschriften. Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis. 10. völlig überarbeitete Aufl. Herausgegeben von Dr. jur. Heinz Jaeger, Direktor des Versicherungsamtes der Hauptstadt der Bewegung. München und Berlin 1936. C. H. Becksche Verlagsbuchh. XII, 233 S. Preis geb. 2,50 *RM*.**

Eine brauchbare Textausgabe, deren Benutzung durch geschickte drucktechnische Hervorhebung der geltenden Bestimmungen sehr erleichtert wird. D. S.

**AGR. Dr. Willi Seidel: Führerprinzip in der Rechtspflege? Abriß zum Stand der Erörterungen über eine wichtige Frage der Justizreform und Versuch einer fördernden Kritik. Berlin 1936. Deutscher Rechtsverlag. 61 S. Preis brosch. 3 *RM*.**

Die kleine Schrift bringt eine sehr übersichtliche und in großen Zügen erschöpfende Darstellung des jetzigen Standes des Problems. Ihr Wert könnte noch dadurch erhöht werden, wenn bei den einzelnen Meinungen und Gegenmeinungen wenigstens die Hauptvertreter derselben und die wichtigsten Fundstellen angegeben werden würden.

Wenn auch in der Darstellung Seidels schon rein zahlenmäßig die Gründe gegen das Führerprinzip in der Rechtspflege überwiegen, so scheinen mir doch die Gründe für seine Einführung sachlich gewichtiger zu sein. Bei der Lösung der Frage müssen wohl auch die großen und grundsätzlichen Gesichtspunkte entscheidender sein als Einzelgründe, die zudem teilweise von mehr technischer und daher untergeordneter Bedeutung sind. Nach Seidel unterliegt die Problemstellung „Führerprinzip in der Rechtspflege" als solche schon deshalb Bedenken, weil der Richter infolge Fehlens einer Gefolgschaft keine eigentliche Führerstellung habe, und weil die eigentümliche Tätigkeit der Urteilsfindung keine Führertätigkeit sei. Der Richter setze keine Maßnahmen, die zu einem bestimmten Erfolge führten, er äußere nur erkenntnismäßig gebildete Ansichten. Es handele sich bei ihm hinsichtlich der Urteilsfindung um eine Auffassungsbildung, weniger um eine Angelegenheit des Willens (S. 41). Es könne daher nicht nur möglich, sondern sogar erforderlich sein, den Bereich der Rechtspflege aus der Gültigkeit des Führerprinzips herauszunehmen. Das Problem müsse richtig lauten: Alleinrichter oder Kollegialgericht. Auch die Unabhängigkeit des Richters, seine Sonderstellung im Aufbau der Volksgemeinschaft, die große in seiner Hand vereinigte Machtfülle, lasse es bedenklich erscheinen, diese Macht in der Hand eines einzigen Mannes zu vereinigen. Es passe schlechterdings nicht in den Aufbau der Volksgemeinschaft und in ihre Organisation hinein, daß es außer dem obersten Führer noch jemanden geben solle, der in seiner eigenen Persönlichkeit ähnliche Befugnisse vereinige wie der Führer selbst (S. 48, 49). Vergleiche mit der Einrichtung der Parteigerichte und dem englischen Richterkönigtum hält Seidel nicht für ohne weiteres stichhaltig. Letzten Endes komme es übrigens bei der ganzen Frage weniger auf die Maßnahmen als auf die Männer an.

Die Ausführungen Seidels sind sicher in manchen Einzel-

heiten richtig und für die weitere Erörterung der Frage wertvoll und dienlich. In den Hauptpunkten vermag ich ihm nicht beizustimmen. Recht in positivem Sinne ist nicht die Norm, sondern die Entscheidung selbst, die Herstellung eines gerechten Zustandes. Daher ist der Richter ein Rechtsschaffer. Er sucht und findet nicht nur das Recht — das wäre reine Wissenschaft —, er ordnet und regelt vielmehr an Hand des Rechts und der Gerechtigkeit das Gemeinschaftsleben. Der heutige deutsche Richter sucht und erkennt nicht mehr kühl und unbeteiligt ein objektives Buchstabenrecht, er erkämpft vielmehr das wahre völkische Lebensrecht. Hierzu gehört der unter vollstem eigenen Einsatz und persönlichster Verantwortlichkeit gegebene Spruch des Alleinrichters, nicht aber der oft resignierte Kompromißentscheid eines Kollegiums. Inwiefern sich daraus Schwierigkeiten ergeben sollten, daß die richterliche Macht im Einzelfalle — und nur um solche handelt es sich doch — einem statt drei oder fünf Richtern zustehen würde, vermag ich nicht einzusehen. Das Führerprinzip bedeutet doch Entscheidung der berufenen Einzelpersönlichkeit unter vollster persönlicher Verantwortung. Insofern erfaßt es auch das Problem Alleinrichter oder Kollegialgericht und muß auf diesem Gebiete ebenso Wert und Geltung haben wie sonst in der Staatsführung und Verwaltung. Technische Schwierigkeiten können und dürfen nicht im Wege stehen. Gerade in der Rechtspflege hat der Nationalsozialismus bereits trotz anfänglicher Widerstände Neuerungen durchgeführt, die mindestens ebenso einschneidend waren, wie es die allgemeine Einführung des ja bereits in den unteren Instanzen bewährten Alleinrichters sein würde. Besonders günstig würde es sich m. E. auswirken, daß der einzelne Alleinrichter sich zahlenmäßig mit weniger Sachen zu befassen hätte. Daß das Alleinrichtersystem die doch so sehr gewünschte Bildung wahrer Richterpersönlichkeiten weitaus besser fördern würde als das Kollegialsystem, steht m. E. außer Frage.

Interessant sind die Bemerkungen Seidels über das Verhältnis der rechtsprechenden Frontjustiz zur bürokratischen Justizverwaltung (S. 13) und über die Notwendigkeit einer Ausweitung der beschränkten Lebensverhältnisse unserer Richter (S. 60).

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

**Benito Mussolini: Vom Kapitalismus zum korporativen Staat. Reden und Gesetze. Eingeleitet, übertragen und erläutert von Universitätsprofessor Dr. Erwin von Beckerath, Oberlandesgerichtsrat Dr. Erich Röhrbein und Dr. Ernst Ed. Berger. Veröffentlichungen des Petrarca-Hauses (Deutsch-Italienisches Kulturinstitut) in Köln. Stuttgart 1936. Kommissionsverlag Deutsche Verlags-Anstalt. 190 S. Preis brosch. 2,85 *RM*, geb. 3,90 *RM*.**

Die Herrschaft des Faschismus ist keineswegs von nur inneritalienischem Interesse. Sein Dasein und sein Sieg bedeuten vielmehr eine entscheidende Cäsur in der europäischen Geschichte.

Mit dem Anbruch seiner Macht versank nicht nur in einem Großstaat Europas das liberal-marxistische System, der Faschismus führte vielmehr den grundsätzlichen Stoß gegen dessen innere ideologische Substanz, die bis dahin die geistige Signatur unserer Zeit bestimmt hatte.

Es ist daher von besonderem Interesse, den „Schmied Roms“ bei seiner gigantischen Arbeit in seinen Reden und Gesetzen zu verfolgen. Hierbei bietet das vorliegende Buch eine vortreffliche Hilfe. In allen ihren denkwürdigen Daten und Taten wird dem Leser die Geschichte des Faschismus seit ihren Anfängen bis Ende März 1936 vor Augen geführt. Den Hauptbestandteil des Buches bilden die Reden und Gesetze Mussolinis, in denen sich die Entwicklung des korporativen Staates anschaulich widerspiegelt. Daß diese Reden und Gesetze nicht in der Form einer bloßen Aneinanderreihung geboten werden, ist ein besonderer Vorzug des Buches. Dem Verständnis für ihren Inhalt und ihre Bedeutung wird vielmehr von den drei Bearbeitern in sorgsamer und geschickter Weise vorgearbeitet. Schon die knappe, aber gehaltvoll vertiefte Einleitung Erwin von Beckeraths bereitet ihrer geistigen Aufnahme durch den Leser mit aufschlußreichen und einfühlenden Worten den Boden. Auf ihm führt dann Ernst Ed. Berger durch die von ihm mit großer Sachkunde verfaßten Zwischentexte den Leser von Rede zu Rede und von Gesetz zu Gesetz. So bleibt der Leser stets im Bewußtsein des geistigen und geschichtlichen Standortes, der dem ihm jeweils vermittelten Stoff in der spannenden Entwicklungslinie des faschistischen Staates zukommt. Rühmenswert ist auch die vortreffliche Übertragung der Gesetze durch Erich Röhrbein, der die durchsichtige romanische Klarheit des Urtextes völlig adäquat ins Deutsche übersetzt hat.

Die Bedeutung des Buches liegt aber selbstverständlich in den Reden und Gesetzen Mussolinis. Alles, was in dieser Hinsicht als Markstein der Entwicklung des faschistischen Staates angesprochen werden kann, wird in dem Buche geboten: man findet in ihm einen Abdruck des Gesetzes über die rechtliche Ordnung der kollektiven Arbeitsbeziehungen vom 3. April 1926, die berühmte Carta del lavoro vom 21. April 1927 und die verschiedenen Gesetze über die Korporationen; dem Abdruck der Gesetze steht jeweils der Abdruck der von Mussolini ihrem Gegenstand gewidmeten Reden zur Seite. Klar und deutlich kommt in dem so vermittelten Material das Wesen des korporativen Staates zum Ausdruck. Wie sehr das korporative System von Mussolini als integrierender Bestandteil des Faschismus betrachtet wird, zeigt seine Erklärung auf der ersten Generalversammlung des Nationalrats der Korporationen vom 1. Okt. 1930: „Der faschistische Staat ist korporativ oder er ist nicht faschistisch!“ Die Korporationen sind ein Mittel der Formierung des Volkes und der Ausrichtung der faschistischen Wirtschaft auf die Gesamtinteressen der Nation. Mit ihnen soll der atomisierenden Aufspaltung der Volksgemeinschaft durch ungezügelte wirtschaftliche Interessenkämpfe entgegengewirkt und die Einheit der Nation und ihrer Kraft garantiert werden. Der letzte Sinn des Korporativismus liegt also nicht im wirtschaftlichen, sondern im politischen Bereich: die Korporationen sind integrative Mittel der nationalen Einheitsbildung des Volkes. Sie ergreifen den Menschen zwar im wirtschaftlichen Sektor seines Daseins, richten ihn aber von dieser Basis her aus auf die Belange der Nation. Daher sind Streik und Aussperrung als Formen der Gemeinschaftsschädigung verboten. Die Korporationen, die als Organe des Staates bezeichnet werden, haben die Aufgabe, die Einzelinteressen aufzufangen, zu koordinieren und nach den staatlichen Zielen auszurichten (so treffend Berger S. 101). „Die Korporation wirkt auf dem Gebiete der Wirtschaft, wie der faschistische Großrat und die Miliz auf dem Gebiet der Politik gewirkt haben“ (Mussolini S. 131). Keinesfalls ist die Korporation dazu bestimmt, die Privatinitiative in der Wirtschaft zu gefährden. Diese wird vielmehr vom Faschismus durchaus als ein wichtiges aufbauendes Element im Leben der Nation gewertet. Deshalb sind die Korporationen auch nicht als bürokratische Einrichtungen geschaffen, die von außen her die Wirtschaft lähmen könnten. Die korporative Lösung ist vielmehr „die Lösung durch die dem Produzenten (d. h. jedem Schaffenden, dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer) anvertraute Selbstdisziplin der Produktion“ (Mussolini S. 154). Immer wieder nennt Mussolini den Korporativismus die „Selbstdisziplin der schaffenden Kategorien“ und verlangt, daß das Leben der Wirtschaft zwar „im Rahmen der privaten Initiative und Verantwortung verbleiben, aber in nationalem und sozialem Sinne von der korporativen Selbstdisziplin harmonisiert“ werden soll (Mussolini S. 184). Es gilt ihm also, auch von hier aus „die Einheit der Seelen“ zu schaffen (S. 188). Das wirtschaftspolitische Postulat des Faschismus faßt er darum in die Worte: „Nicht mehr die Wirtschaft, die den Akzent auf den Vorteil des einzelnen setzt, sondern die Wirtschaft, die um die Belange der Gemeinschaft besorgt ist“ (S. 154). Es liegt auf der Hand, daß dieser Forderung nur dann Genüge geschehen kann, wenn zugleich ein neues und nationales Ethos der Arbeit proklamiert wird. Das hat auch der Faschismus erkannt. „In faschistischer Zeit wird die Arbeit in ihren zahllosen Formen zum einzigen Maßstab, nach dem sich der soziale und nationale Wert der Individuen und Gruppen bemißt“ (Mussolini S. 186); es gibt nur noch eine „Rangordnung nach den höheren Pflichten und den schwereren Verantwortungen“ (S. 186). Besonders deutlich hat Mussolini dieses faschistische Ethos der Arbeit in seiner Rede vom 10. Nov. 1934 proklamiert, als er sagte, der Faschismus füge zum Prinzip der Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz „ein anderes, nicht minder grundlegendes hinzu: die Gleichheit der Menschen vor der Arbeit, die als Pflicht und als Recht, als schöpferische Freude zu verstehen ist, die das Dasein erweitern und adeln soll, nicht es erniedrigen oder bedrücken. Diese Gleichheit in der Grundlage schließt nicht aus, im Gegenteil, sie verlangt die äußerst klare Abstufung der Rangordnung entsprechend den Aufgaben, den Verdiensten, der Verantwortung“ (S. 160). Die letzte politische Motivation dieser faschistischen Grundhaltung verdeutlicht folgendes Wort Mussolinis: „Damit der Geist der Truppen der Arbeit so hoch stehe, wie das sein muß, haben wir die Forderung der höheren sozialen Gerechtigkeit für das italienische Volk ausgerufen, weil ein Volk, das im Innern der Nation keine Lebensbedingungen vorfindet, die dieser Zeit würdig sind, ein Volk ist, das in der Stunde der Not den ganzen notwendigen Kraftertrag nicht aufbringen könnte“ (S. 156). So zeigt sich, daß das faschistische Ethos der Arbeit und der auf ihm beruhende Korporativismus letzten Endes nicht eine soziale, sondern eine im prägnantesten Sinne politische Erscheinung ist. Das hat auch Mussolini unumwunden erklärt: „Nach außen hat die Korporation die Aufgabe, unaufhörlich die Gesamtmacht der Nation für die Zwecke ihrer Expansion in der Welt zu steigern“ (S. 160). So bietet also das besprochene Buch einen vortrefflichen Einblick in die Mentalität des faschistischen Regimes.

RA. Reuß, Berlin.

# Rechtsprechung



## Reichsgericht: Zivilsachen

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

**1.** §§ 32, 33, 40 BGB. Ständige Übung kann für die Auslegung von Vereinssatzungen von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Der Bekl. gehörte dem Vorstande des klagenden Vereins an. Dieser klagt auf Rückzahlung der dem Bekl. gezahlten Sondervergütungen mit der Begründung, daß der Elferausschuß nicht befugt gewesen sei, irgendwelche Sondervergütungen zu bewilligen, daß die Zahlung an den Bekl. also ohne Rechtsgrund erfolgt sei. Der Bekl. bestreitet dies, indem er ausführt: Die Zuständigkeit des Elferausschusses zur Bewilligung von Sondervergütungen ergebe sich aus dem Zusammenhang der Satzungen des Kl. mit dem Kartellvertrage. In jahrelanger Übung sei demnach verfahren worden. Übrigens habe der Hauptausschuß auf Grund des Berichtes des Elferausschusses von der Bewilligung der Sondervergütung Kenntnis erhalten. Ebenso sei der alljährlichen Mitgliederversammlung ein Geschäftsbericht und ein Bericht über den Vermögensstand des Kl. vorgelegt worden; sie habe ihn gebilligt, auch jeweils den Organen Entlastung erteilt.

Dem Bekl. sind Sondervergütungen von insgesamt 23 000 *RM* vom Elferausschuß bewilligt und von der Vereinskasse auf Anweisung von zwei Vorstandsmitgliedern ausgezahlt worden. Das BG. gibt der Klage statt, weil dem Elferausschuß die Zuständigkeit zur Bewilligung von Sondervergütungen gefehlt habe, die Zahlungen an den Bekl. also des Rechtsgrundes entbehrt hätten. Nicht der Elferausschuß, sondern die Mitgliederversammlung oder, wenn dies nicht zutreffen sollte, der Hauptausschuß des klagenden Vereins seien zur Bewilligung von Sondervergütungen zuständig gewesen.

Die Annahme, daß der Elferausschuß zur Festsetzung von Vergütungen nicht zuständig gewesen sei, beruht auf der Auslegung, die das BG. der Satzung und dem Kartellvertrage gibt. Gegen diese Auslegung ist indessen, soweit die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung angenommen wird, das gewichtige Bedenken zu erheben, daß nach dem Kartellvertrage die Mitgliederversammlung mit der Ausführung des Kartellvertrages nichts zu tun hat, diese vielmehr dem Elferausschuß und dem Vorstand sowie, was die Festsetzung der Umlagenergänzungen und Änderungen des Kartellvertrages anlangt, dem Hauptausschuß vorbehalten ist, was nach § 40 i. Verb. m. §§ 32, 33 BGB. zulässig erscheint. Jedenfalls greift die von der Rev. erhobene Verfahrensrüge durch. Der Bekl. hatte behauptet und durch Bezugnahme auf Zeugen und die Protokollbücher des Kl. unter Beweis gestellt, daß bisher die Vergütungen für die geschäftsführenden Vorstandsmitglieder nicht von der Mitgliederversammlung oder dem Hauptausschuß, sondern vom Elferausschuß festgesetzt worden seien. Diese Behauptung war erheblich, da eine ständige Übung für die Auslegung der Satzung von ausschlaggebender Bedeutung sein kann. In der völligen Übergehung dieser Beweisangebote liegt eine Verletzung des § 286 ZPO.

(U. v. 12. März 1936; IV 27/36. — Frankfurt a. M.) [K.]

*

**2.** I. § 184 BGB. Die Fiktion der Rückwirkung der Genehmigung kann nicht dazu führen, daß eine Klage, bei der die Anspruchsvoraussetzungen nicht vorlagen, nachträglich als schon zu jener Zeit begründet anzusehen wäre.

II. §§ 253 ff. ZPO. Nur ausnahmsweise besteht ein Rechtsschutzinteresse dafür, daß eine Partei mit zwei auf das gleiche Ziel gerichteten Klagen überzogen wird, wenn dies auf Grund besonderer Lage des Falles im Rahmen einer vernünftigen Prozeßhandhabung liegt.

I. Bei dem Anspruch aus § 1054 BGB. handelt es sich um eine dem Eigentümer zustehende Sicherungsmöglichkeit gegen Verletzungen, die dem Nießbraucher zur Last fallen in bezug auf seine im gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer begründete Pflicht zur ordnungsmäßigen Instandhaltung und Verwaltung des Nießbrauchsgegenstandes. Der Anspruch steht dem Eigentümer zu. Zur Voraussetzung hat er nicht nur eine bereits begangene Rechtsverletzung, sondern weiter noch eine vom Eigentümer ausgesprochene Abmahnung des Nießbrauchers zur Unterlassung des verletzenden Verhaltens und eine Fortsetzung dieses trotzdem. Nun ist aber die Kl. erst am 30. Juli 1928 Eigentümerin geworden. Vorher hatte sie keine Rechte und Ansprüche als solche. Die rückwirkende Kraft der Genehmigung, auf Grund deren fingiert wird, daß die Kl. schon von Okt. 1921 ab Eigentümerin gewesen sei (§ 184 Abs. 1 BGB.), bewirkt nicht, daß sie sich vor dem 30. Juni 1928 über Eingriffe der Bekl. gegenüber ihrem Eigentum beklagen und daß sie damals Rechte aus solchem Verhalten herleiten konnte. Die Rechtslage ist in der Beziehung ähnlich wie für die Verjährung (RGZ. 65, 245 = JW. 1907, 248) und die Kündigung (RGZ. 141, 220 = JW. 1933, 2645[8]). Denn es kommt darauf an, ob der von den Kl. aus § 1054 BGB. erhobene Anspruch zu jener Zeit, wo er geltend gemacht wurde, begründet war. Das aber war nach der damaligen Sach- und Rechtslage ausgeschlossen, weil die Bekl. damals keine Eigentumsrechte der Kl. verletzen konnten; denn solche bestanden nicht. Und weil weiter die Kl. als Nichteigentümerin keine rechtswirksame Abmahnung aussprechen konnte. Die Fiktion der Rückwirkung der Genehmigung kann nicht dazu führen, daß eine Klage, bei der die Anspruchsvoraussetzungen nicht vorlagen, nachträglich als schon zu jener Zeit begründet anzusehen wäre.

II. Waren aber die Voraussetzungen der positiven Feststellungsklage zur Zeit ihrer Erhebung gegeben, so ist ein nachträgliches Entfallen des Interesses an alsbaldiger Feststellung durch die dann eintretende Möglichkeit der Bezifferung unschädlich (RGZ. 124, 378 = JW. 1930, 2677[16] m. Anm.).

Im allgemeinen besteht kein Rechtsschutzinteresse dafür, daß eine Partei mit zwei auf das gleiche Ziel gerichteten Klagen überzogen werde. Dann wird hier die ursprünglich prozessual gerechtfertigte Feststellungsklage durch die weitergreifende Leistungsklage überholt. Der Kl. (Widerkl.) darf dann nicht beide nebeneinander aufrechterhalten. Aber die besondere Lage dieses Falles gibt doch hier den Widerkl. ausnahmsweise die Berechtigung, das Feststellungsbegehren trotz Aufstellung des Leistungsbegehrens weiterzuverfolgen, weil dies im Rahmen einer vernünftigen Prozeßhandhabung liegt (wird ausgeführt).

Es handelt sich hier um eine zweckmäßige Prozeßhandhabung, bei der Doppelentscheidungen über denselben Streitpunkt vermieden werden.

(U. v. 18. März 1936; V 195/35. — Darmstadt.) [v. B.]

**3.** § 242 BGB. Das RG. hat ständig an dem Grundsatz festgehalten, daß die verzögerte Geltendmachung eines Aufwertungsanspruchs, abgesehen von den Geschäften des Handelsverkehrs, für sich allein noch nicht die Verwirkung des Anspruchs begründen kann. Vielmehr ist ein solches Verhalten bei der Frage, ob und in welcher Höhe ein Aufwertungs- oder ein Ausgleichsanspruch gerechtfertigt ist, als ein Umstand in der Gesamtheit aller in Betracht kommenden Umstände zu beachten.

Die Kl. ist Rechtsnachfolgerin der Gr.-Bank in G. Für diese war auf dem jetzt der Bekl. gehörigen, im Grundbuche des AG. P. verzeichneten Grundstück in Abt. III unter Nr. 7 eine Hypothek von 153 000 ℳ seit dem Jahre 1906 eingetragen. Die Hypothek wurde am 1. April 1916 in eine Tilgungshypothek umgewandelt. Am 5. Sept. 1922 verkaufte der damalige Eigentümer und persönliche Schuldner, Dr. H., das Grundstück an den Töpfermeister B. in der Tschechoslowakei, der die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm.

Am 11. Okt. 1922 trat die Rechtsvorgängerin der Kl. die Hypothek, der damals noch eine Forderung in Höhe von 147 861,58 ℳ zugrunde lag, an die Ehefrau des Käufers, Marie B., ab, die am 23. Okt. 1922 als neue Gläubigerin im Grundbuch eingetragen wurde. Am 30. Okt. 1922 wurde B. als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Er verkaufte am 28. Okt. 1924 das Grundstück, das einen Gebäudesteuernutzungswert von 10 116 ℳ hatte, für einen Kaufpreis von 10 000 GM. an die Bekl. Auf Grund der von der Ehefrau B. am 31. Okt. 1924 erteilten und am 8. Nov. 1924 beim GBA. eingegangenen Löschungsbewilligung wurde die Hypothek am 10. Nov. 1924 gelöscht. In der Urkunde erklärte die Ehefrau B., von dem damaligen Grundstückseigentümer, ihrem Ehemanne, durch Verrechnung befriedigt zu sein. Am 19. Jan. 1925 wurde die Bekl. auf den am 8. Nov. 1924 beim GBA. eingegangenen Antrag auf Umschreibung des Eigentums als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

Die Gr.-Bank hatte als ursprüngliche Gläubigerin die Hypothek sowie die ihr zugrunde liegende Forderung durch ihren Antrag v. 16. Nov. 1925 beim AG. zur Aufwertung angemeldet. Auf den Einspruch der Bekl. ist der Anspruch auf dingliche Aufwertung am 8./9. Sept. 1926 zurückgenommen worden unter Vorbehalt aller Rechte, die aus einer späteren Rspr. oder gesetzlichen Bestimmung etwa erwachsen könnten. Mit der Eingabe v. 4. Dez. 1930 hat die Kl. den dinglichen Anspruch bei der AufwSt. erneut geltend gemacht.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat die Kl. von der Bekl. in erster Linie die dingliche Aufwertung begehrt. Hilfsweise hat sie Zahlung von 6828,13 *RM* nebst Zinsen auf 6000 *RM* seit dem 1. Jan. 1927 verlangt mit der Begründung, sie habe die in dem Kaufvertrag v. 5. Sept. 1922 erklärte Schuldübernahme des B. genehmigt. B. werde nunmehr von ihr wegen Aufwertung der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung in Höhe von etwa 37 000 *RM* in Anspruch genommen. Ihm stehe gegen die Bekl. ein Ausgleichsanspruch in gleicher Höhe zu. Diesen Anspruch habe er der Kl. durch Urkunde v. 17. Febr. 1931 abgetreten.

Das LG. hat die Klage abgewiesen.

Das KG. hat den von der Kl. erhobenen Ausgleichsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe dieses Anspruchs an das LG. zurückverwiesen.

Hiergegen richtet sich die Rev. der Bekl.

In Übereinstimmung mit der von ihm angef. Rspr. des RG. geht das KG. zunächst davon aus, daß die Abtretung des Ausgleichsanspruchs zulässig ist, daß ein Ausgleichsanspruch in der Person des B. spätestens in dem Zeitpunkt entstanden ist, in dem die Kl. gegen diesen einen rechtlich begründeten Aufwertungsanspruch erhoben hat und daß der Ausgleichsanspruch auch als Zahlungsanspruch von der Kl. geltend gemacht werden kann.

Mit Recht wendet sich zwar die Rev. gegen die Ausführung des KG., die Kl. könne von B. Aufwertung auf Grund des § 63 Abs. 1 AufwG. verlangen, weil die dingliche Sicherheit ihrer Forderung zur Zeit des Inkrafttretens des AufwG. bereits untergegangen gewesen sei. Denn wie in der vom KG. angef. Entsch. des erk. Sen. v. 22. Dez. 1927, V 374/27 (JW. 1928, 237) dargelegt ist, kommt es für die Frage, ob eine hypothekarisch gesicherte Forderung i. S. der §§ 14 ff. AufwG. gegeben ist, darauf an, ob die Forderung im Zeitpunkt der Bewirkung der Leistung durch Hypothek gesichert war. War dies der Fall, so kann die Anwendbarkeit der vorgedachten Bestimmungen nicht aus dem Grunde verneint werden, daß die dingliche Sicherung im Zeitpunkte des Inkrafttretens des AufwG. weggefallen war. Da die Kl. ihr Aufwertungsverlangen gegenüber B. somit nur auf § 17 AufwG. stützen kann, so ist nach Satz 2 das. allerdings die Anmeldepflicht nach § 16 AufwG. gegeben. Dieser ist jedoch genügt. Denn es ist festgestellt, daß die Rechtsvorgängerin der Kl. sowohl die Hypothek als auch die ihr zugrunde liegende persönliche Forderung am 16. Nov. 1925, also innerhalb der Frist des § 16 Abs. 1 AufwG. bei der nach Art. 118 Abs. 1 DurchfVO. v. 29. Nov. 1925 zuständigen AufwSt. zur Aufwertung angemeldet hat. Daß sie in der Anmeldung den Töpfermeister B. nicht genannt hat, ist unschädlich. Denn die Anmeldung der persönlichen Aufwertung gilt als gegen den gerichtet, auf den sie zutrifft. Ist hiernach die Anmeldung ordnungsmäßig erfolgt, so kann im vorl. Rechtsstreit bereits über den Ausgleichsanspruch der Kl. gegenüber der Bekl., auch seiner Höhe nach, entschieden werden, bevor die AufwSt. den Betrag der von B. geschuldeten Aufwertung festgesetzt hat (RGZ. 121, 330 = JW. 1928, 2845 [mit Anm.]; RGZ. 130, 292 = JW. 1931, 593[17] [mit Anm.]). Eine Verwirkung des Aufwertungsanspruchs gegen B. kommt nicht in Frage, weil nach der ständigen Rspr. des RG. gegenüber der gebundenen Aufwertung des AufwG. für die Anwendung des Rechtsgedankens der Verwirkung kein Raum ist (vgl. RGZ. 139, 76). Nicht beizutreten ist der Meinung der Rev., die von der Kl. gegenüber B. geltend gemachte Zedentenaufwertung setze voraus, daß eine Aufwertung zugunsten der Zessionarin, also der Ehefrau B., stattfinde. Durch den § 17 AufwG. ist dem Zedenten ein Aufwertungsanspruch rückwirkend eingeräumt worden. Nach der Rspr. des RG. ist allerdings der Aufwertungsanspruch des Zedenten ausgeschlossen, wenn der Zessionar mit dem Schuldner einen Aufwertungsvergleich außerhalb der Rückwirkungszeit abgeschlossen hat (RGZ. 116, 184 = JW. 1927, 1629 [mit Anm.]; RGZ. 119, 48 = JW. 1928, 475). Diese Wirkung des Vergleichs wird aber aus der besonderen Bestimmung des § 67 Abs. 1 AufwG. hergeleitet. Dagegen ist in der letztgenannten Entsch. (S. 56) ausdrücklich darauf hingewiesen, daß andere Vereinbarungen, die der Schuldner mit dem neuen Gläubiger getroffen hat, von der Vorschrift des § 17 nicht unberührt bleiben, daß vielmehr ihnen gegenüber diese Bestimmung rückwirkende Kraft äußert und den Aufwertungsanspruch des früheren Gläubigers zur Entstehung gelangen läßt. Der Vortrag der Bekl. und die Feststellungen des KG. lassen aber in keiner Weise den Schluß zu, daß die Löschungsbewilligung der Ehefrau B. auf Grund eines Aufwertungsvergleichs i. S. des § 67 Abs. 1 AufwG. erteilt ist.

Dem von der Bekl. dem Ausgleichsanspruch gegenüber erhobenen Einwand der Verwirkung hat das KG. die Anerkennung versagt, weil die Bekl. nicht dargetan habe, daß sie im Vertrauen auf das Nichtbestehen einer Ausgleichsverpflichtung Maßnahmen bzgl. ihres Vermögens getroffen habe, die durch die jetzt erfolgte unerwartete Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs empfindlich gestört würden. Wenn die Rev. demgegenüber in erster Linie vorträgt, der lange Zeitablauf müsse im vorl. Fall allein genügen, um die Verwirkung zu rechtfertigen, so kann dem nicht beigetreten werden. Die von ihr angezogenen Entsch. des RG. treffen auf den, den Gegenstand dieses Rechtsstreits bildenden Sachverhalt nicht zu. Das Urteil RGZ. 134, 357 = JW. 1932, 1054[15] (mit Anm.) betrifft die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs bei Vermögensanlagen, die Entsch. WarnRspr. 1933 Nr. 33 stellt auf die Besonderheiten des Handelsverkehrs ab. Der erk. Sen. hat ständig (vgl. zuletzt Urt. v. 16. Mai 1934, V 202/33

[WarnRspr. 1934 Nr. 100] und Urt. v. 16. Jan. 1935, V 421/34 [WarnRspr. 1935 Nr. 50]) an dem Grundsatz festgehalten, daß die verzögerte Geltendmachung des Aufwertungsanspruchs — und für den auf derselben Rechtsgrundlage des § 242 BGB. beruhenden Ausgleichsanspruch kann nichts anderes gelten —, abgesehen von den Geschäften des Handelsverkehrs, für sich allein noch nicht die Verwirkung des Anspruchs begründen kann. Vielmehr ist ein solches Verhalten bei der Frage, ob und in welcher Höhe ein Aufwertungs- oder Ausgleichsanspruch gerechtfertigt ist, nur als ein Umstand in der Gesamtheit aller in Betracht kommenden Umstände zu beachten. Wenn das KG. mit Rücksicht darauf, daß das von der Bekl. erworbene Grundstück eine beträchtliche Wertsteigerung erfahren hat, die zu einem nicht unerheblichen Teil unabhängig von den besonderen Aufwendungen der Bekl. lediglich auf die günstige Entwicklung auf dem Grundstücksmarkt zurückzuführen ist, angenommen hat, es entspreche der Billigkeit, die Bekl. zum Ausgleich der dem B. obliegenden Aufwertungslast heranzuziehen, so kann ihm aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Dies um so weniger, als die von der Rev. angeführten Aufwendungen für die Instandsetzung des verwahrlosten Grundstücks nach dem Vortrag der Bekl. doch in der Hauptsache alsbald nach dem Erwerb des Hauses gemacht sind, also keineswegs als Vermögensmaßnahmen angesehen werden können, welche die Bekl. mit Rücksicht darauf getroffen hat, daß sie wegen der längere Zeit nicht erfolgten Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs mit dessen Nichtbestehen gerechnet hat.

Mit Recht rügt aber die Rev., daß das KG. den Grund des Anspruchs für gerechtfertigt erklärt hat, ohne zuvor über die von der Bekl. geltend gemachte Aufrechnungseinrede zu entscheiden. In dem Verfahren über den Grund des Anspruchs müssen alle Einwendungen erledigt werden, die diesen Grund berühren. Dazu gehört auch die Aufrechnung mit Gegenforderungen, weil, soweit die Aufrechnung durchgreift, die Klageforderung als erloschen gilt (§ 389 BGB.). Es muß daher insoweit Klageabweisung erfolgen (RGZ. 123, 6—7 = JW. 1929, 849[5] [mit Anm.] und die dort angef. Entsch.; RGZ. 148, 243 = JW. 1935, 2887[11] [mit Anm.]). Im vorl. Falle ist jedoch aus den tatsächlichen Erwägungen des BU. zu entnehmen, daß das KG. den Klageanspruch auch der Höhe nach jedenfalls insoweit für begründet hält, als nach Aufrechnung der Gegenforderung der Bekl. immer noch eine Forderung der Kl. verbleibt. Es erschien deshalb geboten, das BU. in dem Umfange aufzuheben, als die Klageforderung von der Aufrechnung berührt wird.

(U. v. 4. März 1936; V 202/35. — Berlin.) [v. B.]

*

**4.** § 242 BGB. Grundsätze, die für die Aufwertung nicht dinglich gesicherter Kaufpreise in gewöhnlichen Kaufverträgen gelten. Bei diesen Verträgen ist von dem inneren Wert des vereinbarten Kaufpreises auszugehen und der Geldbetrag zu ermitteln, der gegenwärtig der Kaufkraft entspricht, die dem vereinbarten Kaufpreis zur Zeit des Vertragsschlusses innewohnt.

Der Wiederverkauf ist mit der Erklärung des Kl., daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, nach § 497 BGB. zustande gekommen, und zwar zu einem Preise, der dem im Vertrage v. 18. Jan. 1921 vereinbarten Verkaufspreis zuzüglich der nachweisbaren Aufwendungen entsprach. Da dieser Preis in Papiermark festgesetzt ist, ergibt sich zur Ermittlung des Wiederkaufspreises die Notwendigkeit seiner Aufwertung. Diese erfolgt nach den Grundsätzen, die für die Aufwertung nicht dinglich gesicherter Kaufpreise in gewöhnlichen Kaufverträgen gelten (RGZ. 119, 188 = JW. 1928, 487[20] m. Anm.; AufwRspr. 1928, 8; 1930, 466; RGWarn. 1926 Nr. 97; RGRKomm., 8. Aufl., § 242 Anm. 4 d α S. 382). Nach feststehender Rspr. des erk. Sen. ist bei diesen Verträgen von dem inneren Wert des vereinbarten Kaufpreises auszugehen und der Geldbetrag zu ermitteln, der gegenwärtig der Kaufkraft entspricht, die dem vereinbarten Kaufpreis zur Zeit des Vertragschlusses innewohnte. Zur Ermittlung dieser Kaufkraft können die Reichsteuerungszahlen für die allgemeine Lebenshaltung, die Zeilerschen Umwertungszahlen oder ähnliche Vergleichsmaßstäbe (nicht dagegen die auf andere Verhältnisse zugeschnittenen Meßzahlen des AufwG.) herangezogen werden. Steht der hiernach ermittelte Wert der Kaufsumme außer jedem Verhältnis zum Gegenwartswert des Grundstücks, so ist mangels anderer Gründe für eine so wesentliche Wertverschiebung der Schluß geboten, daß die Kaufkraft der Mark zur Zeit und am Ort des Vertragsschlusses im Grundstücksverkehr eine wesentliche andere war als auf anderen Lebensgebieten (RG.: RGWarn. 1925 Nr. 147; 1926 Nr. 60; 1927 Nr. 71; 1928 Nr. 3 u. a.). Insoweit darf auch der heutige Grundstückswert bei der Aufwertung nicht unberücksichtigt bleiben. Das BG. verletzt diese Aufwertungsgrundsätze, wenn es den Gegenwartswert des Grundstückes zum Ausgangspunkt seiner Untersuchung nimmt und von ihm lediglich den Bruchteil in Abzug bringt, um den der Kl. seinerzeit das Grundstück unter dem damaligen Werte verkauft hat. Diese Art der Aufwertung hat der erk. Sen. des RG. stets gemißbilligt (JW. 1925, 2241[14] m. Anm.; 1927, 1631[3]; 1928, 1380[43] m. Anm.; 1932, 1052[14] u. a.). Der heutige Grundstückswert darf nur zu der Feststellung herangezogen werden, ob etwa die Mark auf dem inländischen Grundstücksmarkt im Zeitpunkt und am Ort des Vertragsschlusses sich im Grundstücksverkehr eine höhere Kaufkraft bewahrt hatte. Dem Kl. verbleibt bei einer nach diesen Grundsätzen vorzunehmenden Aufwertung der Vorteil, der für ihn darin liegt, daß der Kaufpreis nach seiner Behauptung damals gerade mit Rücksicht auf das ihm eingeräumte Wiederkaufsrecht besonders niedrig bemessen worden ist. Die vom BG. vorgenommene Aufwertung legt dem heutigen Grundstückswert eine ihm nicht zukommende ausschlaggebende Bedeutung bei, die den Boden des Vertrages verläßt und nicht zur Aufwertung, sondern zur Korrektur des Vertragspreises führt.

(U. v. 6. März 1936; V 287/35. — Jena.) [v. B.]

*

**5.** § 254 BGB.; § 304 ZPO. Die Regel, daß die Frage des mitwirkenden Verschuldens in das Verfahren über den Grund des Anspruchs gehört, ist nicht ohne Ausnahme; das ist z. B. der Fall, wenn es sich dabei nur um die zahlenmäßige Höhe des Schadens handelt.

Die Rev. rügt, daß das BG. nicht selbst geprüft und festgestellt habe, in welchem Verhältnis das von ihm als möglich angenommene mitwirkende Verschulden der Kl. bei der Entstehung des Schadens zur behaupteten Verursachung des Schadens durch den Bekl. stehe, gleichwohl aber eine Schadensersatzpflicht des Bekl. dem Grunde nach ausgesprochen und die nähere Feststellung und Berücksichtigung eines Mitverschuldens der Kl. dem LG. zugewiesen habe. Die Rev. sieht darin eine Verletzung des § 254 BGB. und § 304 ZPO.

Das angefochtene Urteil geht davon aus, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden der Kl. mitgewirkt haben könne.

Nach der ständigen Rspr. des RG. gehört zwar bei Schadensersatzansprüchen zum Grund des Anspruchs auch die Frage der mitwirkenden Verursachung durch den Geschädigten, weil diese Mitverursachung dazu führen kann, den Schädiger gänzlich oder teilweise von der Ersatzpflicht zu befreien. Nach § 254 Abs. 2 BGB. kann die Mitwirkung des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens auch in der Unterlassung der Abwendung oder Minderung des Schadens liegen, wenn der Geschädigte unter Verstoß gegen die Aufmerksamkeit und Sorgfalt, die jedem ordentlichen und verständigen Menschen bei Wahrnehmung seiner Angelegenheiten obliegt, die zur Abwendung oder Minderung des Schadens geeigneten Maßnahmen versäumt hat (vgl. u. a. RGZ. 52, 351; 105, 119, 152; 129, 298 = JW. 1930, 3390[1] [m.

Anm.]). Wenn die Kl. die Möglichkeit, sich aus dem Vermögen des B. schadlos zu halten oder wenigstens teilweise zu entschädigen, nicht ergriffen hat, mußte sie sich das darin liegende mitwirkende Verschulden entgegenhalten lassen.

Das hat aber auch das BG. nicht verkannt, wenn seine Ausführungen dazu auch sehr knapp sind. Gerade „die Richtlinien an das LG." für die künftige Feststellung der Schadenshöhe beweisen es.

Die Regel, daß etwaiges mitwirkendes Verschulden des Geschädigten schon im Verfahren über den Grund des Anspruchs festzustellen ist, läßt aber Ausnahmen zu.

Die neuere Rspr. billigt, die Entsch. darüber dem Verfahren über den Betrag vorzubehalten, namentlich dann, wenn es sich dabei im wesentlichen nur um eine Frage der Höhe des Schadens handelt, wenn also z. B. mitwirkendes Verschulden nur dahin geltend gemacht wird, daß ein ziffermäßig noch anzugebender Teil des entstandenen, der Höhe nach noch bestrittenen Schadens von dem Geschädigten hätte abgewendet werden können und müssen, und dann klarliegt, daß bei Richtigkeit des Vorbringens des Bekl. die Klageforderung dadurch nur gemindert, nicht aber beseitigt werden kann. Wenn diese Sicherung gegeben ist, dann wäre es kaum zu rechtfertigen, wenn man noch erforderliche weitere Sachaufklärung teilen und sie für den behaupteten Minderungsbetrag dem BG. zumuten wollte (vgl. Urt. v. 18. Mai 1928, III 401/27; Urt. v. 19. Mai 1931, III 251/30: JW. 1931, 3553[13]).

Ein solcher Fall war hier gegeben. Die Behauptungen des Bekl. über die Möglichkeiten der Kl., den entstandenen Schaden zu mindern, geben weder bestimmte Tatsachen an, aus denen Vermögen des B. zur fraglichen Zeit zu entnehmen war, noch waren sie mit Beweis vertreten. Den Behauptungen standen entgegen die mehrfachen Erklärungen des B. im Strafverfahren, daß er kein Vermögen habe. Der Bekl. hatte auch die früheren Behauptungen der Kl., daß B. i. J. 1929 noch gewisse Forderungen aus Darlehn zugestanden hätten, bestritten. Daß bei diesem Sachverhalt auf keinen Fall mit einem Vermögen des B. zu rechnen war, das gegenüber der Höhe der Schadensforderungen der Kl. ins Gewicht fallen konnte, lag auf der Hand. Wenn Vermögen des B. festgestellt und von der Kl. ergriffen worden wäre, wäre sie auch nicht verpflichtet gewesen, es zum Ausgleich gerade des Schadens zu verwenden, für dessen Ersatz der Bekl. auf Grund des von der Kl. nicht angefochtenen Urteils des BG. allein noch in Anspruch genommen werden kann. Die Schadensersatzansprüche der Kl. gegen B. übersteigen aber den Betrag, für den der Bekl. der Kl. ungünstigstenfalls noch haftet — soweit ersichtlich — um mehr als das Doppelte.

Nach allem konnte das BG. die Berücksichtigung eines etwaigen mitwirkenden Verschuldens der Kl. ohne Rechtsverstoß dem Verfahren über den Betrag zuweisen.

(U. v. 20. März 1936; II 246/35. — Berlin.) [K.]

*

**6.** § 276 BGB.; §§ 44, 102 RhLGemO. Der Beschluß des Gemeinderats muß der Bürgschaftserklärung der Gemeinde in beglaubigter Form beigefügt werden, andernfalls ist die Erklärung rechtsunwirksam; eine Bezugnahme auf den Gemeinderatsbeschluß genügt nicht.

Das Unterlassen der Beifügung des Gemeinderatsbeschlusses stellt ein Verschulden des Gemeindevorstehers dar, für das die Gemeinde einzustehen hat. In der Bezugnahme auf einen inhaltlich unterschiedlichen Gemeinderatsbeschluß kann ein Verschulden des Gemeindevorstehers beim Vertragsschluß gesehen werden.

Die Kl., die Gemeinde R., hatte der Bekl. eine Bürgschaftserklärung erteilt mit dem Vermerk: „Ausgefertigt auf Grund Gemeinderatsbeschlusses v. 7. Juni 1930." Der Gemeinderatsbeschluß selbst war der Bürgschaftserklärung nicht beigefügt. Die Bekl. hat geltend gemacht, die Rechtswirksamkeit der Urkunde hänge nicht davon ab. Die Geltendmachung dieses Gesichtspunktes müsse als arglistig erachtet werden. Die Kl. und ihr Gemeindevorsteher, für den sie haftet, treffe der Vorwurf des Verschuldens bei Vertragsschluß und der unerlaubten Handlung.

1. § 102 RhLGemO. lautet:

„Urkunden, welche die Gemeinde verbinden sollen, müssen namens derselben vom Bürgermeister und Vorsteher unterschrieben werden; die Beschlüsse des Gemeinderats und die Genehmigung der Aufsichtsbehörde sind in den geeigneten Fällen der Urkunde in beglaubigter Form beizufügen."

Daß eine Bürgschaftserklärung der Gemeinde unter den § 102 fällt, kann nicht zweifelhaft sein. Es fragt sich also, ob die dort vorgeschriebene Art der Urkundenausstellung hier gewahrt ist, und was sich daraus ergibt, wenn das zu verneinen ist. Nach § 44 RhLGemO. und in Ergänzung dazu § 3 PrGes. über die Regelung verschiedener Punkte des Gemeindeverfassungsrechts v. 27. Dez. 1927 (GS. 211) wird die Gemeinde durch den Gemeinderat oder den Gemeindevorsteher vertreten. Wann der eine oder der andere oder nur beide zusammen die Vertretung haben, richtet sich nach der Lage des Falles. Auch im Gebiet der RhLGemO. wird man den Gemeindevorsteher dann nach außen ohne Mitwirkung des Gemeinderats für vertretungsberechtigt halten können, wenn es sich um Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt, mag dabei auch eine Verpflichtung der Gemeinde begründet werden sollen. Ein solches Geschäft der laufenden Verwaltung kommt hier aber nicht in Frage. Deshalb mußte hier die Vorschrift des § 102 beachtet werden. Daß nach ihr im Innenverhältnis die Mitwirkung des Gemeinderats erforderlich ist, kann nicht zweifelhaft sein. Die Vorschrift ergibt aber weiter auch, daß diese Mitwirkung auch nach außen in Erscheinung treten muß, daß also hier der Gemeindevorsteher nach außen nicht allein vertretungsberechtigt ist, sondern daß die Mitwirkung des Gemeinderats in der angeordneten Weise in Erscheinung zu treten hat. Die Vertretungsmacht des Gemeindevorstehers ist also entsprechend sachlich beschränkt. Solche sachlichen Beschränkungen sind auch enthalten im § 88 Ziff. 7 LGemO. für die 7 östl. Provinzen v. 3. Juni 1891, im § 133 KreisO. für die 6 östl. Provinzen v. 13. Dez. 1872, im § 91 ProvinzialO. für dieselben Provinzen v. 29. Juni 1875 und anderen Gesetzen.

Dort ist aber nur vorgeschrieben, daß die Beschlüsse der betr. Körperschaften nur „anzuführen" sind. Trotzdem steht in der Rspr. (vgl. z. B. RGZ. 139, 58 = JW. 1933, 1526[3]) fest, daß auch dadurch eine sachliche Beschränkung des Gemeindevorstehers, des Landrats, des Landeshauptmanns angeordnet und daß die Verfassungserklärung nichtig ist, wenn in ihr der Beschluß nicht angeführt ist. Um so mehr muß das noch für die RhLGemO. gelten, in der dem Gemeinderat noch eine bedeutungsvollere Stellung eingeräumt ist und nicht nur die Anführung des Beschlusses, sondern dessen Beifügung angeordnet ist, wie sie auch im § 127 der Revidierten StädteO. für die preuß. Monarchie v. 17. März 1831 (GS. 10 f.) und im § 10 Ges. betr. die LGemVerf. in den 6 östl. Provinzen der preuß. Monarchie v. 14. April 1856 (GS. 359 F) für ähnliche Fälle vorgesehen war. Es kann die Vorschrift des § 102 Halbsatz 2 RhLGemO. auch keinesfalls nur als eine Sollvorschrift aufgefaßt werden, deren Verletzung die Verpflichtungserklärung nicht ungültig macht. Dabei, daß die Beschlüsse beizufügen *sind*, handelt es sich um eine ganz bestimmte und zwingende Anordnung. Anscheinend ist der Ausdruck nur gewechselt, um das im ersten Halbsatz gebrauchte Wort „müssen" nicht nochmals anzuwenden. Außerdem ist die Beifügung der Genehmigung der Staatsbehörde damit verbunden in derselben Weise angeordnet. Ihre Beifügung ist aber in allen angeführten Gesetzen als erforderlich angeordnet, und es ist nicht anzunehmen, daß hier eine Ausnahme gemacht ist. *Schmidt-Odenbreit*, Die Verfassung der rheinisch-westfälischen Landgemeinden und Ämter,

der in Erl. 433 (S. 408 der 4. Aufl.) annimmt, es handle sich im § 102 Halbsatz 2 um eine Sollvorschrift, will das aus den Worten „in den geeigneten Fällen" folgern. Ihm ist nicht zu folgen, vielmehr ist den Ausführungen des BG. zu diesem Punkt durchweg beizutreten. Es erscheint ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber die Bestimmung darüber, wann die Beifügung nicht nur des Beschlusses, sondern auch der stattlichen Genehmigung erforderlich sei, der Entsch. im Einzelfall habe überlassen wollen, ohne den geringsten Hinweis darauf, welche Fälle geeignet sind. Offenbar sollte vielmehr mit den Worten „in den geeigneten Fällen" nur gesagt werden, daß die Beifügung stets dann zu erfolgen habe, wenn ein Beschluß oder die Genehmigung des Gemeinderats erforderlich sei. Denn daß weder das eine noch das andere stets erforderlich ist, hat das BG. mit Recht ausgeführt. Darauf hinzuweisen ist, daß vorliegend z. B. die Genehmigung für die Bürgschaftserklärung nach dem Gesetz nicht erforderlich ist. Das BG. hat hiernach mit Recht angenommen, daß der Beschluß des Gemeinderats v. 7. Juni 1930 der Bürgschaftserklärung in beglaubigter Form (§ 66 RhLGemO.) hätte beigefügt werden müssen, und daß der Verstoß gegen diese Bestimmung der Erklärung die Rechtswirksamkeit nimmt.

2. Der Einwand der unbefugten Rechtsausübung der Kl. würde nur durchgreifen, wenn die Kl. den Irrtum der Bekl. über die Notwendigkeit der Beifügung des Beschlusses schuldhaft herbeigeführt hätte. Die Bekl. war selbst eine Einrichtung einer öffentlichen Körperschaft und mußte die RhLGemO. kennen. Beide Parteien haben nur an die Bestimmung nicht gedacht oder auf ihre Befolgung nicht gehalten. Lediglich daraus, daß die Kl. eine unvollständige Urkunde ausgehändigt hat, folgt nicht ihre Arglist.

Ob das BG. ohne Rechtsirrtum eine unerlaubte Handlung des Gemeindevorstehers verneint hat, mag von dem Tatrichter nochmals nachgeprüft werden.

Eine erneute Verhandlung vor ihm ist aus dem Gesichtspunkt, Verschulden des Gemeindevorstehers beim Vertragsschluß, geboten. Der Gemeindevorsteher war verpflichtet, eine rechtswirksame Bürgschaftserklärung abzugeben und daher der Erklärung den Beschluß in beglaubigter Form beizufügen. Daß er das nicht getan hat, stellt ein Verschulden dar, das er beim Vertragsschluß der Kl. gegenüber beging, und für das die Kl. einzustehen hat. Er mußte weiter aber auch bei dem Vertragsschluß und bei der Bürgschaftserklärung sich an den Beschluß des Gemeinderats halten. Das hat er nicht getan. Seine Pflicht wäre es gewesen, die Bekl. darüber aufzuklären, daß der Gemeindebeschluß hinsichtlich der Auszahlung der Gelder, für die die Bürgschaft übernommen werden sollte, anders lautete als der Vertrag v. 28. Juni 1930, der, wie anzunehmen ist, der Bekl., die daraufhin das Geld gab, vorgelegen hat und mit dessen Vorlegung der Gemeindevorsteher rechnen mußte. Dieser Vertrag mußte um so mehr die Bekl. irreführen, als sie nach dem Genehmigungsbeschluß ohne weiteres die volle Übereinstimmung zwischen Beschluß und Vertrag annehmen mußte. Alles das mußte der Gemeindevorsteher erkennen, der nach den vom BG. festgestellten Verhandlungen bei der Beschlußfassung wußte, was der Beschluß besagen sollte und besagte. Er mußte daher, um den naheliegenden Irrtum der Bekl. zu vermeiden, mindestens diese entsprechend aufklären. Wie sich die Sache gestaltet hätte, wenn der Gemeindevorsteher sich ordnungsmäßig verhalten hätte, muß der Tatrichter feststellen. Es ist durchaus möglich, daß die Bekl. das Darlehen überhaupt nicht gegeben hätte, wenn sie gewußt hätte, was über die Auszahlung vom Gemeinderat beschlossen war. In diesem Falle wäre die Bekl. nicht geschädigt worden. Hätte sie aber auch dann das Darlehn gegen diese Bürgschaft gegeben, dann würde sich fragen, ob sie trotzdem die 65 000 *RM* schon früher ausgezahlt hätte, und weiter, ob auch dann von der Beifügung des Beschlusses zu der Bürgschaftserklärung abgesehen wäre.

(U. v. 19. März 1936; VI 423/35. — Köln.) [N.]

*

**7.** §§ 325, 326 BGB.; § 377 Abs. 2 u. 3 HGB.

**I. Positive Vertragsverletzungen sind nicht ganz unerhebliche Zuwiderhandlungen einer Partei gegen ihre vertragsmäßigen Pflichten, die den Vertragszweck derart gefährden, daß dem vertragstreuen Teil bei Berücksichtigung der Umstände des Falles die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist.**

**II. Die Versäumung der Rügefrist hat beim beiderseitigen Handelskauf die Folge, daß die Ware als genehmigt gilt. § 377 Abs. 2 u. 3 HGB. enthält nicht nur eine widerlegbare Vermutung, sondern eine gesetzliche Fiktion.**

**III. Aus der Rücktrittserklärung muß erkennbar sein, in welchem Verhalten des anderen Teils die eine Partei die Vertragswidrigkeit sieht, mag auch die Angabe der einzelnen Tatsachen nicht erforderlich sein.**

**IV. Der Vertragstreue kann sich darauf beschränken, zu erklären, daß er an dem Vertrage festhalte und sich die aus der Vertragsuntreue des anderen ergebenden Ansprüche vorbehalte, von denen er allerdings in angemessener Frist Gebrauch machen muß.**

I. Der von der Rev. vertretene rechtliche Unterschied zwischen der Vertragsverletzung durch ausdrückliche und ernstliche (endgültige) Erfüllungsverweigerung und „positiver Vertragsverletzung" besteht nicht. Vielmehr ist erstere nur ein Anwendungsfall der positiven Vertragsverletzung (RGZ. 54, 98; 57, 106; Senatsurteil v. 12. April 1935, II 193/34: JW. 1935, 2624[6]). Auf die Streitfrage, ob die positive Vertragsverletzung und die daraus abgeleiteten Rechtsfolgen sich aus § 325 oder § 326 BGB. ergeben, braucht nicht erneut eingegangen zu werden. Es besteht kein Anlaß, von der Rspr. des RG. abzugehen, nach der sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 326 BGB. die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung ergibt (vgl. RGZ. 54, 98). Danach sind positive Vertragsverletzungen nicht ganz unerhebliche Zuwiderhandlungen einer Partei gegen ihre vertragsmäßigen Pflichten, welche den Vertragszweck derart gefährden, daß dem vertragstreuen Teil bei Berücksichtigung der Umstände des Falles die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist (RG.: JW. 1927, 1632[4]). Die Zumutbarkeit kann aufhören entweder deshalb, weil die bisherigen Vertragsverletzungen derart sind, daß auch für die Zukunft die weitere Vertragserfüllung nicht zu erwarten ist, oder deshalb, weil diese künftige Nichterfüllung sich aus einer ausdrücklichen und ernstlichen, endgültigen Erfüllungsverweigerung ergibt. In beiden Fällen ist durch das Verhalten des einen Teiles der Vertragszweck gefährdet. Die positive Vertragsverletzung berechtigt den vertragstreuen Teil, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, wenn sie schuldhaft ist.

II. Zum Tatbestand der positiven Vertragsverletzung gehört Verschulden des Verletzers (RG.: JW. 1926, 797[5]). Auf den Grad des Verschuldens kommt es nicht an. Entscheidend ist vielmehr der Grad der Vertragsverletzung. Sie muß so erheblich sein, daß dadurch der Vertragszweck gefährdet wird. Ein Schuldner, der den Vertragszweck erheblich gefährdet, kann sich nicht darauf berufen, daß nach den Umständen des Falles, etwa weil es ihm an den erforderlichen Zahlungsmitteln fehlt, sein Verschulden verhältnismäßig gering sei, und deshalb den vertragstreuen Teil am Vertrage festhalte.

Die Bekl. kann sich auf die Mangelhaftigkeit der Ware nicht mehr berufen, nachdem sie die Frist für die Mängelanzeige hat verstreichen lassen. Denn die Versäumung der Rügefrist hat beim beiderseitigen Handelskauf die Folge, daß die Ware als genehmigt gilt (§ 377 Abs. 2 u. 3 HGB.). Auf Grund dieser Bestimmung, die nicht nur eine widerlegbare Vermutung, sondern eine gesetzliche Fiktion enthält, ist nach jeder Richtung davon auszugehen, daß die nicht als mangelhaft gerügte Leistung vertragsmäßig war. Der Empfänger der Leistung kann daher aus dem Mangel der Ware keinerlei

Rechte mehr herleiten. Er kann weder die Zahlung des Kaufpreises verweigern, noch kann er die Rechte aus § 326 BGB. geltend machen, noch kann er Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung erheben (RGZ. 1, 53, 62; 65, 50 = JW. 1907, 150). Damit sind alle Erwägungen des BG. hinfällig, die sich darauf stützen, daß die beiden Lieferungen der Kl. mangelhaft gewesen seien. Die Bekl. konnte also wegen dieser Mängel weder die Zahlung des Kaufpreises verweigern, noch die Abnahme der weiteren Warenlieferungen ablehnen, noch ihrerseits wegen positiver Vertragsverletzung der Kl. die Abschlüsse annullieren. Sie könnte auch nicht der Berufung der Kl. auf positive Vertragsverletzung der Bekl. entgegenhalten, daß die Kl. sich durch die mangelhaften Lieferungen selbst vertragsuntreu erwiesen habe, und deshalb nach der Rspr. des RG. (RGZ. 109, 54) Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung nicht erheben könne.

III. Die Auffassung, daß es nicht darauf ankomme, ob der von einer Partei angegebene Grund des Rücktritts gerechtfertigt gewesen sei, sondern daß es allein entscheidend sei, wenn später festgestellt werde, daß eine andere den Rücktritt begründende positive Vertragsverletzung tatsächlich vorgelegen habe, kann in ihrer Allgemeinheit nicht als zutreffend angesehen werden. Aus der Rücktrittserklärung muß erkennbar sein, in welchem Verhalten des anderen Teiles die eine Partei die Vertragswidrigkeit sieht, mag auch die Angabe der einzelnen Tatsachen nicht erforderlich sein. Die Partei kann nur das Verhalten der anderen Partei heranziehen, das sie tatsächlich zum Rücktritt bestimmt hat (RG.: JW. 1927, 1632[4]; 1928, 1579[24]; SeuffArch. 81, 38 Nr. 21). Dort ist hervorgehoben, daß es einen Unterschied ausmache, ob die Erklärung des Rücktritts sich auf ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht stütze, und ob später der Rücktritt auf positive Vertragsverletzung gegründet werde. Es wird weiter ausgeführt, die Unterscheidung stehe nicht im Widerspruch zu der Rspr. über den Dienstvertrag, die für die Frage der Kündigung aus wichtigem Grunde die Nachschiebung neuer Tatsachen zur Rechtfertigung des wichtigen Grundes zulasse. Denn im letzten Falle bleibe eben die Grundlage — der wichtige Grund — bestehen. Was in der Rspr. dort für die Frage des Rücktritts ausgesprochen ist, gilt auch für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Um diesen handelt es sich im vorl. Falle. Denn die Kl. ist nicht vom Vertrage zurückgetreten, sondern fordert auf Grund des Vertrages Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Hiernach genügte es, wenn in der Erklärung der Kl. der Grund der Ablehnung der weiteren Erfüllung und der Schadensersatzforderung im wesentlichen enthalten war. Wenn die Kl. den Schadensersatzanspruch auch damit rechtfertigte, daß sie infolge des Verzuges der Bekl. kein Interesse an weiterer Vertragserfüllung gehabt habe, so führte sie damit nicht einen neuen Klagegrund, der durch neue Tatsachen gestützt werden mußte, in den Rechtsstreit ein. Es handelte sich nur um eine andere Redewendung der Begründung der positiven Vertragsverletzung. Es sollte damit nichts anderes gesagt werden, als daß infolge der Vertragsverletzungen der Bekl. der Vertragszweck so erheblich gefährdet sei, daß der Kl. die weitere Erfüllung nicht zugemutet werden könne, und daß sie deshalb kein Interesse mehr an der beiderseitigen Erfüllung habe. Kann schon die einmalige, namentlich aber die wiederholte Vertragsverletzung eines Vertragsteiles ausreichen, um den Vertragszweck zu gefährden, und bejaht der Tatrichter im einzelnen Fall diese Folge, so bedarf es nicht darüber hinaus noch einer besonderen Darlegung durch den Gläubiger, warum ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann, und warum er an der Erfüllung kein Interesse mehr hat. Nach allgemeiner Lebenserfahrung wird insbes. im Verkehr unter Großkaufleuten Wert darauf gelegt, daß jeder Teil mit der pünktlichen Vertragserfüllung des anderen rechnen kann, namentlich wenn es sich um große Abschlüsse und eine dauernde Geschäftsverbindung handelt. Gewiß können Schwankungen der Konjunktur allein in der Regel einen Vertragsteil noch nicht von der Einhaltung des Vertrages entbinden. Ob dies auch bei Sinken des Wertes des ausländischen Geldes, in dem die Zahlung erfolgen soll, zutrifft, kann für den vorl. Fall dahingestellt bleiben. Wenn aber dauernder Verzug eines Vertragsteiles die Folge hat, daß das Risiko, das mit lange dauernden Geschäften verknüpft ist, dem anderen Teil allein aufgebürdet wird, so kann aus dem Verhalten des Vertragsuntreuen wohl der Schluß abgeleitet werden, daß dem anderen Teil die Durchführung des Vertrages nicht zugemutet werden kann.

IV. Der Vertragstreue kann sich zunächst darauf beschränken, zu erklären, daß er an dem Vertrage festhalte und sich die aus der Vertragsuntreue des anderen ergebenden Ansprüche vorbehalte. Freilich erfordern Treu und Glauben wie die Verkehrsauffassung, jedenfalls im kaufmännischen Geschäftsleben, daß eine Vertragspartei von ihrem Recht, insbes. wenn sie die Wahl unter mehreren Ansprüchen hat, auch in angemessener Frist Gebrauch macht (RGZ. 107, 106 [109]). Dies gilt sowohl von dem Erfüllungsanspruch, wie von dem Rücktritt und dem Anspruch auf Schadensersatz. Abgesehen von den besonderen Umständen des Einzelfalls, der nach Treu und Glauben eine andere Beurteilung erfordern kann, besteht kein Grund, zwischen Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch in der Weise zu scheiden, daß der letztere von einer bestimmten Zeit an nicht mehr geltend gemacht werden könne, und daß von da an nur der Erfüllungsanspruch bestehen bleibe. Es kann auch nicht ein Unterschied deshalb gemacht werden, weil der Schadensersatzanspruch den Schuldner stets härter trifft als das Festhalten an der Erfüllung. Sind die Preise, wie es hier behauptet wird, stark gesunken, und verlangt der Verkäufer Abnahme zu den vereinbarten höheren Preisen, so kann die Erfüllung den säumigen Käufer ebenso schwer belasten, wie das Verlangen des Preisunterschiedes als Schadensersatz.

(U. v. 11. Febr. 1936; II 181/35. — Dresden.) [v. B.]

*

**8. § 306 BGB. Eine die Nichtigkeit des Vertrages begründende Unmöglichkeit nach § 306 BGB. liegt nur vor, wenn die den Gegenstand des Vertrages bildende Leistung selbst unmöglich ist.**

Im vorl. Falle hatte die Bekl. eine Anlage zur Herstellung von Bleistaub und Bleiglätte zu liefern, letztere chemischrein und von handelsüblicher Beschaffenheit. In einer weiteren Vertragsbestimmung ist gesagt, daß die Anlage zirka 1000 kg Bleiglätte in 24 Stunden liefern solle, und daß nach dem Verfahren von Dr. X. gearbeitet werde. Daraus konnte das BG. entnehmen, daß die Herstellung einer Anlage der bezeichneten Art, nicht aber die Herstellung einer jenen Erfolg gewährleistenden Anlage den Gegenstand der Leistung der Bekl. bilden sollte, daß die Gewährleistung einer Lieferung von zirka 1000 kg Bleiglätte in 24 Stunden vielmehr nur die Bedeutung der Zusicherung einer Eigenschaft des herzustellenden Werkes gehabt habe. Dann bezieht sich die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung aber nicht auf die den Gegenstand des Vertrages bildende Werklieferung, sondern nur auf die Gewährung einer zugesicherten Eigenschaft des zu liefernden Werkes. Eine solche Unmöglichkeit fällt nicht unter § 306 BGB. und macht den Werklieferungsvertrag nicht nichtig. An dieser Beurteilung des Vertrages vermöchte der Umstand nichts zu ändern, daß dem Vertragsabschluß eine gemeinsame Besichtigung der Berliner Versuchsanlage des Erfinders vorangegangen, und daß die Maschine von der Bekl. genau nach dessen Angaben hergestellt worden ist. Es kommt auch nicht ausschlaggebend darauf an, ob die Mangelhaftigkeit der von der Bekl. erstellten Anlage auf einen Mangel der Erfindung oder einen solchen der Arbeit der Bekl. zurückzuführen ist, und der Fall des Verkaufs eines nicht bestehenden Patents oder der Erteilung einer Lizenz aus einer nur scheinbar geschützten, in Wahrheit schutzunfähigen Erfindung ist hier ohne Bedeutung, weil Gegenstand des vorl. Vertrages wesentlich die Herstellung der Anlage gewesen ist.

Die Kl. hat mit der Klage einen Teilbetrag von 6100 *RM* einer Schadensersatzforderung von 31 000 *RM* verlangt und sich auf § 326 BGB. gestützt. Sie hatte der Bekl. nach den vergeblichen Nachbesserungsversuchen eine Frist zur Bewirkung der von ihr vertraglich übernommenen Leistung

mit der Erklärung bestimmt, daß sie die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Das BG. ist der Kl. in der Anwendung des § 326 BGB. auf den Fall gefolgt. Indes ist sie nicht gegeben, weil die Parteien darüber einig sind, daß die Herstellung der Maschinenanlage mit der zugesicherten Menge und Beschaffenheit der herzustellenden Bleiglätte nicht möglich ist, die Bekl. sie deshalb auch nicht rechtswidrig verweigert. Die Kl. hätte eine etwaige Schadensersatzforderung vielmehr auf die allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung oder auf die Gewährleistungsrechte der §§ 634, 635, 651 BGB. stützen müssen, je nachdem die Abnahme der Maschine durch sie erfolgt war oder nicht. Wollte man in ihrem Hinweis auf § 326 BGB. zur Begründung ihrer Schadensersatzforderung danach nur eine unrichtige Kennzeichnung ihres Anspruchs sehen und dessen Nachprüfung aus § 325 oder §§ 634, 635, 651 BGB. für zulässig erachten, so bliebe bestehen, daß eine Schadensersatzforderung auf Grund dieser Bestimmungen nur gegeben wäre, wenn die Bekl. die fehlende Eigenschaft des Werkes nicht nur im Sinne eines Versprechens ihres Vorhandenseins zugesichert, sondern für ihre Gewährung einzustehen sich verpflichtet hätte (RGZ. 58, 173). Nach dieser Richtung hat aber der Tatrichter die Sachlage nicht geprüft. Das braucht indes nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urt. zu führen. Denn nach den Allgemeinen Bedingungen des Vereins Deutscher Maschinenbauanstalten, auf die sich die Bekl. beruft, und die sie insoweit gegen sich gelten lassen muß, würde die Kl. zwar einen Anspruch auf Schadensersatz nicht haben, sie würde aber von dem Vertrage zurücktreten können und durch die ergebnislose Fristsetzung zurückgetreten sein, so daß die Klageforderung von 6100 RM, die nur einen Teil des angezahlten Werkpreises ausmacht, selbst dann begründet wäre, wenn die Schadensersatzforderung der Kl. nicht bestände.

(U. v. 24. März 1936; VII 309/35. — Köln.) [Hn.]

*

**9.** § 766 BGB. Aus der im § 766 BGB. für die Erteilung der Bürgschaftserklärung verordneten Schriftform folgt, daß alle wesentlichen Merkmale, namentlich die Schuld, für die der Bürge einstehen soll, in der Bürgschaftsurkunde enthalten sein müssen.

Die klagende Brauerei hat mit dem Gastwirt N., der die „G.-Festhallen“ in B., P.straße, betrieb, die Darlehens- und Bierbezugsverträge v. 31. Mai und 15. Okt. 1924 geschlossen. Im ersten Vertrag war ein Darlehen von 20 000 RM, im zweiten ein weiteres Darlehen von 7000 RM verbrieft. Nur am Schluß des letzten Vertrags hat der Bekl., der damalige Schwiegervater des N., „für alle aus diesem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen“ die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. N. hat die Wirtschaft am 5. Febr. 1925 an den Gastwirt K. verkauft, der durch Vereinbarung v. 17. Febr. 1925 die vertraglichen Verpflichtungen des N. einschließlich des Darlehens in der angegebenen Höhe von 26 733,72 RM als Mitschuldner zugunsten auch der Kl. übernahm. K. erhielt von der Kl. ein neues Darlehen von 4000 RM und verkaufte im August 1932 die Wirtschaft an den jetzigen Inhaber B. Diesen Vertrag sowie zwei rückgängig gemachte Kaufverträge, die K. mit P. und G. geschlossen hatte, hat die Kl. nicht schriftlich genehmigt, jedoch allen Rechtsnachfolgern des N. Bier geliefert. Die von N. und seinen Nachfolgern auf die Darlehen geleisteten Abzahlungen hat die Kl. auf die nicht durch die Bürgschaft des Bekl. gesicherten Darlehen verrechnet.

Die Kl. behauptet, B. habe das vereinbarte Aufgeld von 10 RM für jedes bezogene Hektoliter Bier, welches zur Abtragung der Darlehen dienen sollte, unpünktlich und unvollständig entrichtet. Sie habe deshalb von der Verfallklausel im § 4 der Verträge Gebrauch gemacht und das Darlehen für fällig erklärt. Das Darlehen habe Ende August 1934 24 574,73 RM betragen, wovon mit aufgelaufenen Zinsen auf das Darlehen von 7000 RM 16 315,91 RM entfielen. Mit der Klage vom Sept. 1934 hat die Kl. auf Grund der Bürgschaft einen Teilbetrag von 3000 RM gefordert, den sie im zweiten Rechtszug auf 9000 RM erhöht hat. Der Bekl. hat geltend gemacht, der Hauptvertrag und demnach auch die Bürgschaft sei nichtig, weil eine übermäßige Bindung vorliege. Für das Darlehen von 20 000 RM habe er keine Bürgschaft übernommen; bei Übernahme der Bürgschaft sei ihm von diesem Darlehen nichts gesagt. Der verstorbene Brauereivertreter O. habe ihm zugesichert, daß die Hauptschuld von 7000 RM durch die Verrechnung des Aufgeldes in kurzer Zeit getilgt sein würde, so daß eine Haftung aus der Bürgschaft nicht in Frage kommen werde. Er fechte deshalb die Bürgschaft wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an. Es verstoße auch gegen Treu und Glauben, daß er nach 10 Jahren noch aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werde. K. habe der Kl. eine Hypothek zur Sicherheit übertragen. In der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks sei die Kl. durch Überweisung einer Forderung von 26 584,96 RM auf Grund des § 118 Abs. 2 ZwVerstG. befriedigt. Die Kl. ist den Behauptungen entgegengetreten.

Mit der bisherigen Begründung erscheint die Annahme des BG. nicht haltbar, daß die Verträge von 1924 über die Darlehen i. Verb. m. der Bierbezugspflicht in vollem Umfang sittenwidrig und nichtig seien. Die Weiterhaftung des Hauptschuldners N. für die von ihm selbst aufgenommenen hohen Darlehen, nachdem er etwa ein Jahr später die Wirtschaft mit Vorteil verkauft hat, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, auch wenn der Erwerber die Mithaft für die Darlehen übernimmt und deren allmähliche Tilgung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt. Fraglich und nicht erkennbar geprüft ist, ob die im § 2 der Verträge aufgenommene Verrechnungsklausel — also an einer Stelle, wo von der Veräußerung noch nicht die Rede ist — dahin auszulegen ist, daß auch zukünftige von Rechtsnachfolgern aufzunehmende Darlehen mit Vorzug vor den älteren Darlehen abzutragen seien. Wäre aber auch die von den §§ 366, 367 BGB. abweichende Verrechnungsklausel ganz oder teilweise wegen übermäßiger Benachteiligung des Wirts nichtig, so war zu prüfen, ob nicht beide Teile den für sie wirtschaftlich wertvollen Vertrag auch ohne die Verrechnungsvereinbarung geschlossen haben würden. Vom Standpunkte der Kl. könnte hierbei in Betracht kommen, ob sie der allgemeinen Verrechnungsklausel in dem von ihr gewünschten Umfang bedurft hätte, da sie die Genehmigung im Falle des Verkaufs der Wirtschaft (§ 6 des Vertrags) von Bedingungen hätte abhängig machen können, die sie sicherten. Der Hinweis des BG. auf § 139 BGB. reicht in diesem Zusammenhang nicht aus (RGZ. 118, 218 [222]).

Aus dem eigenen Vorbringen der Kl. ergibt sich, daß die Bürgschaft des Bekl. erloschen ist. Unstreitig hat der Bekl. nur für die Verpflichtungen des Hauptschuldners aus dem zweiten Vertrag die Bürgschaft übernommen. In diesem Vertrag sind zwei Hauptverpflichtungen des Schuldners N. enthalten, nämlich die Pflicht zur Verzinsung und Tilgung des empfangenen Darlehens von 7000 RM und die Abnahme von 1400 hl Bier. Nach der mit Schriftsatz der Kl. v. 18. April 1935 überreichten Aufstellung hat die Kl. in den Jahren 1924 und 1925 schon über 1600 hl Bier für die Wirtschaft geliefert, so daß insofern der Vertrag erfüllt ist. Die Kl. macht auch nicht geltend, daß die Bierabnahmepflicht verletzt worden sei. Außerdem hat der Bekl. die Bürgschaft übernommen für ein Darlehen von 7000 RM. Selbst wenn der Bekl. gewußt oder alsbald erfahren hat, daß die Kl. noch weitere Darlehen dem N. gegeben hatte — was nicht festgestellt worden ist —, so gilt für diese Forderungen nicht die Bürgschaft. Im § 2 Satz 1 des Vertrags heißt es, daß „zwecks Tilgung des Darlehens“ auf jedes entnommene Hektoliter Bier 10 GM. zu entrichten sind; das kann sich nur auf das Darlehen von 7000 RM beziehen. Eine andere Deutung ist nach Wortlaut und Sinn ausgeschlossen. Nach Abs. 2 des § 2 kann die Kl. bestimmen, wie die geleisteten Zahlungen auf die bestehenden Verbindlichkeiten zu verrechnen sind. Im Sinn des Vertrags können unter den bestehenden Verbindlichkeiten nur die im § 1 genannten verstanden werden. Denn in dem Vertrag v. 15. Okt. 1924, der für den Bürgen allein in Betracht kommt, ist von andern Verpflichtungen, also namentlich von

dem andern Darlehen von 20000 *RM*, keine Rede; wenn es im § 7 des Vertrags heißt, die in den Verträgen v. 31. Mai 1924 und 4. Juni 1924 aufgeführten Gegenstände (Inventar) hafteten auch für das Darlehen (von 7000 *RM*) und die sonstigen Ansprüche der Kl., so war daraus nicht zu entnehmen, daß die Kl. dem N. ein Darlehen von 20000 *RM* bereits gegeben hatte. Sollte die Kl. mit dem Urschuldner N., der beide Verträge unterzeichnet hat, verabredet haben, daß sie die Zahlungen nach ihrem Belieben auf das eine oder das andere Darlehen verrechnen dürfe, so war das im Verhältnis zu dem Bekl. als Bürgen nicht maßgebend. Aus der im § 766 BGB. für die Erteilung der Bürgschaftserklärung verordneten Schriftform folgt, daß alle wesentlichen Merkmale, namentlich die Schuld, für welche der Bürge einstehen soll, in der Bürgschaftsurkunde enthalten sein müssen. Da die Bürgschaftserklärung ausdrücklich auf die Verbindlichkeiten im vorstehenden Vertrag verweist, so ist damit der Inhalt des Vertrags auch zum Inhalt des Bürgschaftsvertrags (§ 765 BGB.) erhoben. Überdies enthält der Vertrag selbst eine gewillkürte Schriftform im § 10, wo es heißt: „Mündliche Abmachungen neben dieser Urkunde haben keine Gültigkeit." Da nun in der Urkunde die Tilgung des Darlehens von 7000 *RM* in bestimmter Art vorgesehen ist, so muß dies nach Treu und Glauben auch für den Bürgen gelten, weil der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung von der schnellen Tilgung der Hauptschuld und der Sicherung der Tilgung wesentlich beeinflußt wird. Nach dem klaren und zweifelsfreien Inhalt des Vertrags v. 15. Okt. 1924 ist die Kl. dem Bekl. gegenüber verpflichtet, die in Gestalt des Aufgeldes von 10 *RM* geleisteten Abzahlungen ausschließlich auf das Darlehen von 7000 *RM* zu verrechnen. Hätte die Kl. auch das Darlehen von 20000 *RM* dem Bekl. in Rechnung stellen wollen, so hätte das in der Urkunde v. 15. Okt. 1924 deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Das ist nicht geschehen. Aus dem von der Kl. vorgelegten Kontoauszug sind in der Zeit v. 31. Okt. 1924 bis 31. Dez. 1925 allein mehr als 7000 *RM* abgezahlt. Und auch die Zinsen sind jedenfalls durch die folgenden Abzahlungen erledigt, wenn nicht die Zinsen nach § 367 BGB. zuerst zu tilgen waren. In der mündlichen Verhandlung hat der Prozeßbevollmächtigte der Kl. zugegeben, daß das Darlehen von 7000 *RM* getilgt sein würde, wenn die geleisteten Abzahlungen in erster Reihe auf jene 7000 *RM* nebst Zinsen zu verrechnen sein sollten.

Demnach ist die Klage im Ergebnis mit Recht abgewiesen worden.

(U. v. 2. März 1936; VI 376/35. — Berlin.) [N.]

*

**10.** §§ 823, 831, 278 BGB. Tödlicher Unfall beim Genuß eines Eintopfgerichts in einer Gastwirtschaft. Der Ehefrau des Verstorbenen erwächst kein vertraglicher Schadensersatzanspruch. Bei schuldlosem Verhalten des mit der Zubereitung und dem Anrichten der Speise betrauten Personals ist auch der Wirt frei

Die Kl. fordert von der Bekl. aus Vertrag, Verkauf einer Speise an ihren verstorbenen Ehemann, und aus unerlaubter Handlung, §§ 823, 844 Abs. 2 BGB., Zahlung von Schadensersatz, der sich zusammensetzt aus Arzt- und Krankenhauskosten einschließlich der Kosten der Verbringung des Verstorbenen ins Krankenhaus und des Aufenthalts der Kl. selbst bei dem Kranken, ferner einer Unterhaltsrente für die Kl. von 250 *RM*, zunächst einmal für die drei Monate Januar bis März 1934, alles zusammen 2160,62 *RM* nebst 4% Zinsen seit 1. April 1934. Sie hat weiter beantragt, festzustellen, daß die Bekl. verpflichtet sei, den ihr aus dem Unfall und Tod ihres Ehemanns entstandenen und noch entstehenden Schaden zur Hälfte (dies die Grenze, bis zu der ihr im zweiten Rechtszug das Armenrecht bewilligt war) zu ersetzen. Hilfsweise hat sie beantragt, die Bekl. neben jener Zahlung von 2160,62 *RM* samt Zinsen zu verurteilen, ihr vom 1. April 1934 ab eine vierteljährlich im voraus zu entrichtende Rente von 100 *RM* bis zum 1. Jan. 1964 zu zahlen.

Der im Zeitpunkt seines Todes am 2. Jan. 1934 40 Jahre alte Ehemann der Kl., Werner K., Hauptschriftleiter mit einem Monatsgehalt von 400 *RM*, kam am 10. Dez. 1933 mit der damals 38 Jahre alten Kl. in die Bahnhofswirtschaft der Bekl., und beide bestellten sich als Mittagessen ein Gericht, das von der Kl. in der Klageschrift ein Suppengericht, Huhn mit Reis, genannt wird. Nach Angabe der Kl. bei ihrer gerichtlichen Vernehmung zweiter Instanz stand das Gericht auf der Speisenkarte als „Junges Huhn mit Reis". Nach der Feststellung des BG. ist es als ein Eintopfgericht „Huhn mit Reis", keine Reissuppe, zu bezeichnen. Beim Einnehmen seines Gerichts geriet dem Ehemann ein dreieckiges Knochen- (oder Knorpel-) Stück von 2,1 und 1,5 cm Längen- und Breitenausdehnung in die Speiseröhre und blieb dort stecken. Der nachmittags um Hilfe angegangene Facharzt Dr. E. vermochte den Fremdkörper in der Speiseröhre zwar festzustellen, aber nicht zu entfernen und verbrachte den Leidenden anderntags in die Klinik, wo das Knochenstück operativ herausgeholt wurde. Kleine Rißverletzungen in den Wänden der Speiseröhre führten während des Klinikaufenthalts zur Entstehung eines Eiterherdes neben der Speiseröhre und schließlich zum Tode infolge Blutvergiftung. Das Vorhandensein des Knochenstücks in dem Gericht, und zwar, wie sie behauptet, in dem suppigen Teil, da ihr Ehemann nur einige Löffel voll davon genossen und dann sofort das Vorhandensein des das Weiteressen verhindernden Fremdkörpers in der Speiseröhre verspürt habe, wird von der Kl. als eine schuldhafte Art der Zubereitung des Gerichts, die die Bekl. schadensersatzpflichtig mache, erklärt. Die Bekl. gibt der Unvorsichtigkeit des Gastes beim Essen die Schuld an dem Unglück.

I. Die Klage ist, soweit sie auf Vertrag gestützt wird, überhaupt nicht schlüssig begründet. Der Kaufvertrag über die dem verstorbenen Ehemann der Kl. und ihr selbst am 10. Dez. 1933 verabreichten Gerichte ist zwischen dem Ehemann der Kl. und der durch ihren Oberkellner vertretenen Bekl. zustande gekommen. Der Ehemann hat auch nach der eigenen Angabe der Kl., bei ihrer gerichtlichen Vernehmung im zweiten Rechtszug bezahlt. Die Kl. kann also Vertragsrechte nur geltend machen, wenn die Ansprüche ihres Ehemanns wegen schuldhafter Vertragserfüllung durch die Bekl., wobei diese sich allerdings nach § 278 BGB. das Verschulden ihrer Küchenangestellten als ihrer Erfüllungsgehilfen schlechthin zurechnen lassen müßte, ihr zu Lebzeiten ihres Ehemanns von diesem abgetreten worden wären oder wenn sie als seine Erbin seine Gesamtrechtsnachfolgerin geworden wäre. Weder das eine noch das andere — Abtretung oder Beerbung — ist vorgetragen. Daraus, daß die Kl. nach ihrer Angabe bei der bezeichneten Vernehmung mit ihrem Ehemann in kinderloser Ehe gelebt hat, folgt nicht ohne weiteres, daß sie ihn überhaupt und daß sie ihn allein beerbt hat; ihre gesetzliche Erbfolge konnte durch ein Testament und ihre gesetzliche Alleinerbenschaft durch das Vorhandensein von Eltern, Geschwistern oder Großeltern des Verstorbenen ausgeschlossen sein (§§ 1937, 1931 BGB.). Diese Unschlüssigkeit der Begründung gilt auch, soweit in der Person des Verstorbenen erwachsene Ansprüche aus unerlaubter Handlung für Arzt-, Krankenhaus- und Überführungskosten geltend gemacht werden. Nur soweit die Kl. eigene Ansprüche aus unerlaubter Handlung als mittelbar Verletzte erheben könnte, insbes. auf die Unterhaltsrente nach § 844 Abs. 2 BGB., ist ihre Sachberechtigung ohne weiteres gegeben. Ihr Rentenanspruch läßt sich auf den Kaufvertrag überhaupt nicht stützen; er hat den Tod des Mannes, also des Vertragsgegners, zur Voraussetzung (§ 844 BGB.). Der Verstorbene wird über seinen Tod hinaus nicht mehr geschädigt.

Rechtlich begründet wäre der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, da eine persönliche Beteiligung der Bekl. als Geschäftsinhaberin bei dem ganzen Geschehen vom 10. Dez. 1933 und insbes. ein schuldhaftes Verhalten von ihr persönlich nicht behauptet worden ist, immer auch nur gemäß § 823 i. Verb. m. § 831 BGB., also dann, wenn nicht nur

die Küchenangestellten der Bekl. die Gesundheit und im Ergebnis das Leben des Ehemanns der Kl. widerrechtlich verletzt hätten, sondern auch die Ausnahme des § 831 Abs. 2 BGB. von der Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn nicht zuträfe. Diese Ausnahme tritt ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der zu einer Verrichtung bestellten Person und, soweit er die Ausführung ihrer Verrichtung zu leiten hat, bei ihrer Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Hinsichtlich des Zutreffens dieser Voraussetzungen der Ausnahme von der Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn trifft zwar die Behauptungs- und Beweislast die Bekl. Der Behauptungslast ist sie aber auch in ihrer Klagebeantwortung nachgekommen, indem sie unter Berufung auf § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. und unter Bezugnahme auf Sachverständigengutachten vorgebracht hat, sie habe bei der Auswahl ihres Küchenpersonals und der Leitung ihres Küchenbetriebs jede erdenkliche Sorgfalt beobachtet. Sie hatte schon zuvor vorgetragen, ihr Küchenchef B., der seit über 30 Jahren bei ihr tätig und äußerst zuverlässig sei, habe das Gericht selbst zubereitet, was der Zeuge hinsichtlich der Dauer seiner Beschäftigung bei der Bekl. und seines Tätigseins im Streitfall auch bestätigt hat, während sein Verfahren und Verhalten von dem Sachverständigen im Küchenwesen durchaus gebilligt worden ist. Die Kl. dagegen hat keine dem widersprechende Behauptung aufgestellt, vielmehr dem entgegengehalten, der Schadensersatzanspruch werde in erster Linie auf Vertrag gestützt, infolge davon (also aus rechtlichen Gründen) könne die Bekl. den Entschuldigungsbeweis nach § 831 BGB. nicht führen. Daß gegen diese Entschuldigung der Bekl., deren Beweis hiernach offenbar nicht mehr erforderlich gewesen wäre, Bedenken bestehen, ist dem angef. Urteil nicht zu entnehmen. Es ist ebenso wie der Erstrichter an diese Frage gar nicht gelangt, weil es schon das Verschulden nicht nur der Bekl., sondern auch „ihrer Erfüllungsgehilfen" oder an anderer Stelle „ihres Küchenmeisters" verneint hat. Mangels eines irgendwie begründeten Bestreitens der Entlastungsbehauptung fehlt es so auch der Klagebegründung aus unerlaubter Handlung an der Schlüssigkeit gegen die Bekl.

II. Auch die Revisionsangriffe gegen die Verneinung eines Verschuldens beim Zubereiten und Anrichten der dem Ehemann der Kl. vorgesetzten Speise sind nicht durchschlagend. Der Vorderrichter führt die Aussagen der Angestellten der Bekl., die während der Bedienung des Ehemannes K. in der Bahnhofswirtschaft tätig gewesen sind, darüber auf, daß der Ehemann der Kl. nicht bloß einige Löffel voll von dem Gericht genossen, sondern es bis auf einen kleinen Rest aufgegessen und auch schon vor einem zeitweiligen Hinausgehen, das nach der Schilderung der Kl. von dem Gefühl, daß ihm ein Fremdkörper in die Speiseröhre gelangt sei, veranlaßt worden ist, das beigelegte Huhn angeschnitten habe. Er trifft aber dazu, wiewohl er die Glaubwürdigkeit der Zeugen vertritt, gegenüber der abweichenden, der Klagebehauptung entsprechenden Aussage der Kl. doch keine tatsächliche Entsch. Er hält dies von der Anschauung aus nicht für nötig, daß auch bei sorgfältigem und sachgemäßem Zubereiten und Anrichten einer solchen Mahlzeit ein Knochenstück vom Fleisch sich loslösen und so in das Gericht gelangen könne und es Sache des Gastes sei, ein solches Gericht mit besonderer Vorsicht zu verzehren, woran es der Ehemann der Kl. habe fehlen lassen. Das eine stellt er tatsächlich fest, das Knochenstück habe nicht mit der Brühe und dem Reis in das Gericht gelangen können — weil die Brühe zweimal geseiht werde —, sondern es müsse sich im Fleisch oder an dem Fleisch befunden haben und sei offenbar in den Reis gelangt, als der Koch das Fleisch auf den Reis gelegt habe. Grundlage dafür ist das Gutachten des Sachverständigen, auf das der Vorderrichter hierbei Bezug genommen hat. Dieser hat erklärt, das fragliche Knochenstück sei ein Teil des Brustschildes eines 12—15 Monate alten Huhnes, das wahrscheinlich bei dem — vom Vorderrichter als sachgemäß bezeichneten — Auseinanderbrechen des Huhnes gebrochen oder angebrochen, aber dennoch fest am Brustfleisch hängengeblieben sei. Daß die völlige Entfernung aller Knochen aus dem Fleisch nicht verlangt und daher nicht geboten war, stellt der Vorderrichter teils nach dem Sachverständigengutachten H., teils nach den Aussagen der Kl. selbst besonders fest.

Die Rev., die Verletzung der §§ 276, 278, 823 BGB. rügt und Prozeßverstöße gegen §§ 286, 551 Ziff. 7 ZPO. behauptet, geht von der Erklärung aus, es habe sich um ein Gericht gehandelt, das seinem Bestand nach suppig gewesen sei und mit dem Löffel habe gegessen werden müssen und wobei Messer und Gabel nur dazu gedient hätten, von dem beigelegten Hühnerviertel das Fleisch abzulösen und dieses zu zerkleinern. Daß dabei, das gibt die Rev. zu, Knochenstücke sich in dem Gericht befunden hätten, sei an sich richtig; aber der Gast brauche nicht damit zu rechnen, daß sich solche Knochenstücke in dem suppigen Teil befänden. Daß das BG. zwar feststelle, der Knochen müsse sich im oder an dem Fleisch befunden haben und beim Auflegen des Fleisches auf den Reis in diesen gelangt sein — was einleuchte —, trotzdem aber ein Verschulden verneine, sei unrichtig. Die anzuwendende Sorgfalt würde es erfordern, daß nach dem Brechen des Huhnes dieses von allen Knochensplittern befreit oder aber nicht zu dem Reis in die Suppenterrine gelegt werde, damit sich kein an dem Fleisch hängender Knochensplitter dem Reis und der Suppe mitteilen könne. Wäre das Hühnerviertel auf einen Teller gelegt worden, dann wäre die nach Meinung des BG. nahliegende Gefahr, daß Knochensplitter in den Reis gerieten, vermieden worden. Das Verschulden der Bekl. liege in der unzweckmäßigen Art, wie das Gericht dem Ehemann der Kl. gereicht worden sei, wenn man den Darlegungen des BG. im übrigen folge. Es helfe nichts, die Suppe durchzugießen, wenn dann das Fleisch mit den anhaftenden Knochensplittern doch hineingelegt werde oder wenn nicht wenigstens die durch das Zerbrechen der Knochen sich bildenden Stücke vorher entfernt werden. Dies sei leicht möglich, so daß dann nur noch vom Fleisch umschlossene Knochen in dem Gericht verbleiben würden, die keine Gefahr mit sich brächten.

Die Rev. hat indessen bei dieser Ausführung insoweit, als das Anrichten und Auftragen des Huhnes auf besonderem Teller gefordert wird, übersehen, daß es sich nach der Feststellung des Vorderrichters um ein „Eintopfgericht" handelt. Damit ist auch gesagt, daß übungsgemäß das Gericht in *einem* Gefäß gereicht wird. Dafür hat sich der Vorderrichter nicht nur auf den Sachverständigen, sondern auch auf die allgemeine Lebenserfahrung berufen. Daraus ergibt sich, daß dies überall, nicht bloß in der Bahnhofswirtschaft der Bekl., so gehalten wird. Damit schied ein persönliches Verschulden der Bekl. aus, das etwa darin hätte gefunden werden können, jedoch in den Vorinstanzen von der Kl. gar nicht behauptet worden ist, daß die Bekl. in ihrer Wirtschaft das vereinte Anrichten und Auftragen von Huhn und Reis allgemein eingeführt oder zugelassen hat. Es blieb die Frage, ob es ein Verschulden des Küchenmeisters darstellt, daß er bei *diesem* Gericht für den verstorbenen Ehemann der Kl. *dieses* Knochenstück nicht beseitigt hat, ehe er das Huhn auf den Reis legte. Diese Frage aber hat der Vorderrichter ausdrücklich verneinend entschieden. Daraus ergibt sich, daß die von der Rev. behaupteten Prozeßverstöße gegen §§ 286 und 551 Ziff. 7 ZPO. nicht vorliegen. Es kann aber auch in der getroffenen Entsch. ein sachlich-rechtlicher Irrtum nicht gefunden werden. Daß sich ihrer Gestalt nach beim Schlucken gefährliche Knochenstücke — nicht bloß vom Brustschild, sondern auch vom übrigen Knochengerüst des Huhnes — im oder am Fleisch befinden und erst durch das Hantieren des Speisenden mit der ihm vorgesetzten Speise von ihrem Zusammenhang mit dem Huhn loslösen können, entspricht der Erfahrung. Es läßt sich daher auch nicht von einem Beweis des ersten Anscheins dafür reden, daß, wenn dem speisenden Gast ein kleines und seiner Gestalt nach gefährliches Knochenstück in den Mund und durch unvorsichtiges Kauen und Schlucken in die Speiseröhre geraten ist, dieses Stück sich von Anfang an als gesonderter und der Ausscheidung bedürftiger Bestandteil in dem Gericht befunden habe. Von selbst kann das Stück, wenn es nach der von der Rev. als einleuchtend bezeichneten Feststellung des Vorderrichters mit dem Huhn auf den Reis gelegt worden ist, eine Wanderung in den Reis oder die beigegebene Brühe nicht angetreten

haben. Dies kann nur durch das Hantieren des Gastes mit der Speise, vielleicht auch schon die letzten zurichtenden Handgriffe des Küchenmeisters eingetreten sein. Dies kann aber nach der weder mit Erfahrungssätzen noch mit Denkgesetzen in Widerspruch stehenden Ansicht des Vorderrichters am Schlusse seiner Ausführung vom Küchenmeister auch bei sorgfältigem Zubereiten und Anrichten nicht verhindert werden. Es bleibt, wie der Vorderrichter sagt, Sache des Gastes, ein solches Gericht mit besonderer Vorsicht zu verzehren. Damit ist unabhängig von dem unter I erwähnten Mangel des Nachweises der Sachberechtigung der Kl. die Vertragshaftung zu ihren Ungunsten erledigt; sie war schon ihrem Ehemann gegenüber nicht begründet. Die Haftung der Bekl. aus unerlaubter Handlung ist aber aus dem weiteren, zu der Entschuldigung aus § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. hinzutretenden Grund ausgeschlossen, daß ein schuldloses Handeln des Küchenmeisters festgestellt ist, das bei der Bekl., wenn sie selbst das Gericht ebenso zubereitet hätte, zu einer Verurteilung aus § 823 Abs. 1 BGB. nicht hätte führen können. Dann kann die Bekl. aber auch nicht aus § 831 Abs. 1 BGB. haftpflichtig sein. Denn ein Handeln, das, von ihr selbst vorgenommen, ihre Haftung zu begründen nicht geeignet wäre, vermag sie nicht ersatzpflichtig zu machen, wenn es an ihrer Stelle von ihrem Verrichtungsgehilfen ausgegangen ist (RGZ. 76, 35 [48] = JW. 1911, 451).

(U. v. 31. März 1936; II 259/35. — Jena.) [K.]

*

**11.** § 839 BGB. Zu den Amtspflichten des preuß. Notars gehört es, daß er sich vor der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags Gewißheit darüber verschafft, ob die Beteiligten, insbes. der Käufer, zuverlässige Kenntnis von dem Hypothekenstande haben.

Ergibt sich, daß die Kenntnis von dem Hypothekenstande bei den Beteiligten nicht vorhanden ist oder läßt sich eine hinreichende Klarheit hierüber nicht gewinnen, so ist der preuß. Notar — an dieser ständigen Rspr. des RG. ist festzuhalten — an sich kraft Amtes nicht verpflichtet, selbst das Grundbuch einzusehen. Er muß aber die Beteiligten auf die Notwendigkeit hinweisen, daß sie das tun oder sie wenigstens darüber belehren, daß die Beurkundung nur auf ihre Gefahr geschehen könne. Selbstverständlich kann aber der Notar statt dessen auch den Weg eigenen Vorgehens wählen, also selbst das Grundbuch einsehen. Tut er das, so fällt auch dieser Weg unter seine Amtspflicht (RG.: Warn. 1930 Nr. 213).

Die hiernach bestehende Rechtslage verkennt das BG., wenn sie annimmt, der Bekl. habe seiner Amtspflicht genügt, indem er seinem — im übrigen zuverlässigen — Bürovorsteher eine allgemeine Weisung erteilt habe, bei Grundstückskaufverträgen sich vorher stets — gegebenenfalls mittels Fernsprechers — bei dem in Frage kommenden GBA. nach den Belastungen des Grundstücks zu erkundigen, und dieser auch im vorliegenden Falle dementsprechend verfahren sei. Denn hat der Bekl. auf diese Weise für den einzelnen Fall den Weg eigenen Vorgehens gewählt, also selbst die Grundbucheinsicht übernommen, so handelte es sich um eine von ihm persönlich zu erfüllende Amtspflicht. Bediente er sich dabei eines Gehilfen, so tat er das bei Erfüllung dieser wie bei jeder anderen ihm obliegenden Amtspflicht auf seine Gefahr und Verantwortung (RG.: Warn. 1930 Nr. 157, 213; RGUrt. V 48/33 v. 29. April 1933). Jedenfalls aber hatte er die Beteiligten, insbes. den Kl., darauf aufmerksam zu machen, daß er nicht selbst das Grundbuch habe einsehen und nur eine fernmündliche Auskunft durch den Bürovorsteher habe einholen können, es also nach wie vor Sache des Kl. bleibe, selbst das Grundbuch einzusehen, und andernfalls die Beurkundung nur auf seine Gefahr erfolgen könne. Insofern ist es auch rechtsirrig, wenn das BG. es für ganz gleichgültig ansieht, ob dem Kl. gesagt worden sei oder nicht, daß eine telephonische Auskunft eingeholt sei.

(U. v. 4. Febr. 1936; III 145/35. — Hamm.) [v. B.]

*

**12.** I. § 839 BGB. Allgemeine Pflicht eines jeden Beamten, sich, soweit ihn das Gesetz nicht ausdrücklich ermächtigt, jedes Eingriffs in die bürgerlichen Rechte Dritter zu enthalten.

II. BRAndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433); PrDurchfVO. v. 15. Juli 1933 (GS. 248); PrSparVO. v. 13. Sept. 1931 Teil 4 Kap. II (GS. 179); RGes. über die Rechtmäßigkeit von VO. und Verwaltungsakten v. 3. Juli 1934 (RGBl. I, 530). § 1 Abs. 1 der Dritten zum BRAndG. v. 30. Juni 1933 ergangenen PrDurchfVO. v. 15. Juli 1933 schreibt die Durchführung des BRAndG. nach den Vorschr. des Kap. II des Vierten Teiles der SparVO. v. 12. Sept. 1931 vor und nach § 2 Abs. 1 gelten die auf Grund dieser Vorschr. bis zum Inkrafttreten des RGes. über die Rechtmäßigkeit von VO. und Verwaltungsakten v. 3. Juli 1934 bereits getroffenen Regelungen als Maßnahmen zur Durchführung des RGes.

Der Kl. war Bürgermeister eines westfälischen Amtes der Bekl. Er erhielt unter seinen Dienstbezügen monatlich 117 *RM* für Dienstaufwand. Daneben führte er als „Sozietätskommissar" in seinem Bezirk die örtliche Verwaltung der Gebäudeversicherung für die Westfälische Provinzial-Feuersozietät und bezog von ihr dafür als Vergütung einen bestimmten Hundertsatz der eingegangenen Versicherungsprämien.

Am 15. Okt. 1931 nahm der Kreisausschuß auf Grund der 1. PrSparVO. v. 12. Sept. 1931 4. Teil Kap. II § 2 Abs. 2 (GS. 179 [201]) eine Neufestsetzung der Dienstbezüge des Kl. vor. Der RegPräs. als Aufsichtsbehörde änderte sie durch Vfg. v. 28. Nov. 1931 ab. Er bestimmte u. a., daß der Kl. „als Aufwandsentschädigung 3000 *RM* jährlich unter voller Anrechnung der Feuersozietätsgebühren" erhalten sollte.

Der Kl. ließ sich auf die Vfg. des RegPräs. hin v. 1. Jan. 1932 ab nur noch das herabgesetzte Gehalt, andererseits aber ohne Abzug die volle Aufwandsentschädigung von monatlich 250 *RM* auszahlen. Vorsichtshalber ließ er jedoch die ihm laufend vierteljährlich von der Provinzial-Feuersozietät überwiesenen Gebühren auf der beim Bekl. bestehenden Amtssparkasse einzahlen und wies die Amtskasse an, das ihr überreichte, auf seinen Namen ausgestellte Sparkassenbuch in Verwahrung zu nehmen, indem er sich dabei die jederzeitige Verfügung über das Buch vorbehielt.

Durch Entsch. v. 21. Juni 1931 (RGZ. 137, 17 ff.) erklärte der Staatsgerichtshof die SparVO. u. a., soweit sie die Herabsetzung der Bezüge bereits im Dienste befindlicher Gemeindebeamten zuläßt, für verfassungswidrig. Das gab dem Kl. Veranlassung, v. 1. Nov. 1932 ab wieder das alte Gehalt sich anzuweisen.

Am 17. April 1933 wurde der Kl. zwangsweise beurlaubt. Am 27. Okt. 1933 wurde er auf Grund des § 6 BGB. (RGBl. I, 175) in den Ruhestand versetzt. In der Zwischenzeit war er mit dem zu seiner Vertretung bestellten kommissarischen Bürgermeister in Streit geraten, weil er Herausgabe des hinterlegten Sparkassenbuchs und ferner N a c h zahlung der Mehrbeträge des Gehalts seiner alten Gruppe für die Zeit vom 1. Jan. bis 1. Nov. 1932 verlangte. Der kommissarische Bürgermeister teilte ihm mit, daß die seinerzeit angeordnete Zurückstufung durchzuführen sei und daher die nachverlangten Gehaltsbeträge nicht mehr gezahlt werden würden. Infolge der durch die Dritte zum BRAndG. ergangene PrDurchfVO. v. 15. Juli 1933 hielt er sich dann für berechtigt und verpflichtet, den Betrag des Sparkassenguthabens des Kl., der die Feuersozietätsgebühren für die Zeit v. 1. Jan. 1932 bis 31. März 1932 umfaßte und mit aufgelaufenen Zinsen 1706,68 *RM* betrug, abzuheben und zur Amtskasse zu vereinnahmen.

Darauf hat der Kl. Klage erhoben auf Herausgabe eines auf seinen Namen lautenden Sparbuchs der Amtssparkasse hilfsweise auf Zahlung von 1706,68 *RM* nebst 4% Zinsen. Er hält die Abhebung und Vereinnahmung des Sparkassengut-

habens für eine pflichtwidrige Handlung, die den Bekl. schadensersatzpflichtig mache.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das BG. hat die Ber. zurückgewiesen.

I. Das BG. hat den Anspruch aus dem Klagegrunde einer Amtspflichtverletzung des kommissarischen Bürgermeisters der Bekl., für deren schädliche Folgen der Bekl. einzustehen hat, geprüft, und insoweit ist die Revisionsfähigkeit nach § 547 Nr. 2 ZPO. i. Verb. m. § 71 Abs. 3 GVG., § 39 Abs. 1 Nr. 3 PrAusfG. z. GVG. auf Grund feststehender Rspr. zweifelsfrei (RGZ. 107, 61).

Die Amtspflichtverletzung erblickt das BG. zutreffend darin, daß der kommissarische Bürgermeister ohne Zustimmung und gegen den Willen des Kl. dessen Guthaben bei der Amtssparkasse abgehoben und für den Bekl. zur Amtskasse vereinnahmt hat. Der kommissarische Bürgermeister handelte dabei kraft der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, indem er auf jene Weise die durch die Vfg. des RegPräs. v. 28. Nov. 1931 angeordnete, vom Kl. aber nicht voll befolgte Neufestsetzung von dessen Dienstbezügen zwangsweise zur Ausführung bringen wollte. Er glaubte sich zur Überführung des Guthabenbetrages in die Amtskasse berechtigt und verpflichtet, weil nach seiner Auffassung der Kl. die auf dem Sparkassenbuch eingezahlten Feuersozietätsgebühren an den Bekl. habe abführen müssen. Selbst wenn die Sozietätsgebühren dem Bekl. und nicht dem Kl. zugestanden hätten, war jedoch durch ihre Einzahlung auf der Amtssparkasse eine Darlehnsforderung des Kl. gegen den Träger der Sparkasse begründet worden. Die amtliche Maßnahme des kommissarischen Bürgermeisters enthielt also einen widerrechtlichen eigenmächtigen Eingriff in ein klares Forderungsrecht des Kl. und stellt daher die Verletzung einer Amtspflicht dar, die dem kommissarischen Bürgermeister gegenüber dem Kl. oblag. Die Amtspflichtverletzung ergibt sich schon aus der allgemeinen Pflicht jedes Beamten, sich, soweit ihn das Gesetz nicht ausdrücklich ermächtigt, jedes Eingriffs in die bürgerlichen Rechte Dritter zu enthalten, und folgt nicht etwa, wie das BG. anzunehmen scheint, nur aus der besonderen Fürsorgepflicht, die der Bekl. als öffentlich-rechtlicher Dienstherr des Kl. diesem gegenüber gehabt hat.

Die Maßnahme hat das Forderungsrecht des Kl. zum Erlöschen gebracht. Das in Händen des Bekl. befindliche Sparbuch legitimierte ihn zur Abhebung des Guthabens. Die Darlehnsforderung des Kl. wäre nur dann nicht erloschen, wenn der durch seinen kommissarischen Bürgermeister vertretene Bekl. sich bei Abhebung und Auszahlung des Guthabens dessen bewußt gewesen wäre, daß nicht er, sondern allein der Kl. einen Rechtsanspruch auf das Guthaben besaß.

Die Annahme, daß der kommissarische Bürgermeister grobfahrlässig gehandelt hat, begegnet keinem rechtlichen Bedenken. Bei nur einiger Aufmerksamkeit hätte dieser die Nichtberechtigung des Bekl. zu einem unmittelbaren eigenmächtigen Zugriff auf das dem Kl. zustehende Sparkassenguthaben und die daraus folgende Widerrechtlichkeit seines Vorgehens erkennen müssen. Somit war die von ihm begangene Amtspflichtverletzung auch schuldhaft und hat das BG. die Verpflichtung des Bekl. zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens mit Recht bejaht. Danach rechtfertigt sich der Hauptantrag der Klage, der auf Wiederherstellung des erloschenen Sparkassenguthabens mit einem Bestande von 1706,68 RM vom Tage der Abhebung gerichtet ist. Die Rev. bekämpft auch nur die vom BG. anerkannte Aufrechnung des Bekl.

II. Gegenstand dieser Aufrechnung bildet der vom Bekl. geltend gemachte Anspruch auf Abführung der dem Kl. als Sozietätskommissar der Provinzial-Feuersozietät gezahlten Gebühren an die Amtskasse oder auf Anrechnung dieser Gebühren auf die Aufwandsentschädigung des Kl. Der Bekl. stützt den Gegenanspruch auf die Vfg. des RegPräs. v. 28. Nov. 1931, die bei der Neufestsetzung der Dienstbezüge des Kl. die volle „Anrechnung" der Feuersozietätsgebühren auf die ihm zugebilligte Aufwandsentschädigung von jährlich 3000 RM ausdrücklich vorschreibt. Die Vfg. war anfänglich überhaupt nicht geeignet, die Dienstbezüge des Kl. rechtswirksam neu zu regeln und damit den Gegenanspruch des Bekl. rechtlich zu begründen. Sie entnahm das Recht zu der in ihr enthaltenen Neuregelung der Dienstbezüge des Kl. aus der PrSparVO. v. 12. Sept. 1931. Diese war jedoch nach der Entsch. des StGH. v. 21. Juni 1933 u. a. insoweit als verfassungswidriger Verstoß gegen wohlerworbene Beamtenrechte rechtsungültig, als sie die Herabsetzung der Dienstbezüge auch von bereits im Amte befindlichen Beamten gestattete. Erst später ist die SparVO. durch das RGes. über die Rechtmäßigkeit von VO. und Verwaltungsakten v. 3. Juli 1934 (RGBl. I, 530) gültig geworden. Nach dem Gesetz gelten die, wie die SparVO., unter Ber. auf die VO. des RPräs. v. 24. Aug. 1931, die sog. Dietramszeller VO. (RGBl. I, 453), erlassenen VO. der Landesregierungen rückwirkend als Landesgesetze. Die auf Grund der SparVO. ergangene Vfg. des RegPräs. v. 28. Nov. 1931 hat sogar nicht erst mit dieser reichsgesetzlichen Anordnung der rückwirkenden landesrechtlichen Geltung der SparVO. ihre eigene Rechtsgrundlage erhalten, sondern bereits durch die Dritte zum BRÄndG. vom 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433 ff.) gem. § 80 Abs. 2 dieses Gesetzes ergangene PrDurchfVO. v. 15. Juli 1933 (GS. 248). Schon das BRÄndG. war nämlich ebensowenig wie das spätere RGes. v. 3. Juli 1934 nach Art. 2 des Ges. zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933 (RGBl. I, 141) an die Vorschr. der WeimVerf. Art. 129 gebunden. § 1 Abs. 1 der erwähnten PrDurchfVO. schreibt die Durchführung des BRÄndG. nach den Vorschr. des Kap. II des 4. Teils der SparVO. vor, und nach Abs. 2 des § 1 gelten die auf Grund dieser Vorschr. bis zum Inkrafttreten des RGes. bereits getroffenen Regelungen als Maßnahmen zur Durchführung des RGes. Damit ist die Vfg. des RegPräs. v. 28. Nov. 1931 im Rahmen des BRÄndG. rechtsgültig geworden. Hat deshalb der Kl. wegen der Anrechnungsvorschrift der Vfg. die Aufwandsentschädigung während der Zeit v. 1. Jan. 1932 bis zum 31. März 1933 in Höhe der ihm in dieser Zeit zugeflossenen Sozietätsgebühren zu Unrecht erhalten, so ist er zu deren Rückzahlung in diesem Umfange verpflichtet, und zwar, wie das BG. unter Hinweis auf § 39 Abs. 3 PrBesoldG. v. 17. Dez. 1927 (GS. 223 ff.) und auf § 50 Nr. 4 BRÄndG. mit Recht bemerkt, ohne Rücksicht darauf, ob er durch die zuviel empfangenen Beträge noch bereichert ist oder nicht.

Der Rückzahlungsanspruch wäre auch nicht etwa, wie die Rev. annimmt, durch die Vorschr. des § 79 BRÄndG., mit der die des § 4 Abs. 1 des Ges. v. 3. Juli 1934 übereinstimmt, ausgeschlossen. Die Vorschr. betrifft nur solche Beträge, die dem Beamten erst infolge des BRÄndG. und der zu seiner Ausführung ergangenen landesgesetzlichen DurchfVO. nicht mehr zustehen, ihm aber sonst zugestanden hätten.

Streit besteht nun aber zwischen den Parteien über die Bedeutung der Anrechnungsvorschrift der Vfg. des RegPräs. Die später rückwirkend rechtswirksam gewordene Neuregelung der Bezüge des Kl. durch den Bekl. konnte nur solche Bezüge ergreifen, die ihm gegen den Bekl. zustanden. Die Sozietätsgebühren bezog er jedoch für eine nebenamtliche Tätigkeit aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, das ihn nicht mit dem Bekl., sondern mit einem anderen Dienstherrn, nämlich mit der einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bildenden Provinzial-Feuersozietät, verband. Der RegPräs., der nur die Dienstbezüge des Kl. aus dessen Dienstverhältnis zum Bekl. neu regeln konnte, war deshalb rechtlich gar nicht in der Lage, die Sozietätsgebühren in die Neuregelung der Bezüge mit einzubeziehen. Insoweit mußte deshalb seine Vfg. v. 28. Nov. 1931 ohne weiteres unwirksam bleiben und konnte sie auch nachträglich durch die geschilderte Gesetzesentwicklung keine Rechtswirksamkeit erhalten. Das BG. hält jedoch die Anrechnungsvorschrift der Vfg. entsprechend der Behauptung des Bekl. lediglich für eine Berechnungsvorschrift und faßt sie dahin auf, daß der Kl. als Dienstaufwandsentschädigung immer nur den Betrag habe erhalten sollen, um den die Feuersozietätsgebühren monatlich hinter 250 RM zurückbleiben würden. Der Kl. hatte eingewendet, die Aufwandsentschädigung sei ohne Rücksicht auf die Feuersozietätsgebühren festgesetzt worden. Wenn und soweit dies zutreffen sollte, wäre die Auffassung von der in der Vfg.

enthaltenen Anrechnungsvorschrift als einer reinen Berechnungsvorschrift nicht haltbar.

Dieser Mangel des Urteils zwingt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

(U. v. 24. März 1936; III 166/35. — Hamm.) [v. B.]

*

**13.** § 844 Abs. 2 BGB. Wenn auch die Abfindung durch Kapital im Falle des § 844 Abs. 2 BGB. ihrem Wesen nach nicht selbst Unterhaltsleistung, sondern Schadensersatzleistung ist, so stellt sie doch einen Ersatz für die Unterhaltsleistung dar; sie tritt an die Stelle der Unterhaltsleistung des Getöteten. †)

Der Vater der Kl. erlitt durch Verschulden des V. einen tödlich verlaufenen Motorradunfall. Im Verlauf der Verhandlungen mit der für V. eintretenden Haftpflichtversicherungsanstalt schloß die Mutter der Kl. für sich und ihre Kinder zur Abfindung wegen der Schadensersatzansprüche gegen V. einen Vergleich, in dem sich die Versicherungsanstalt verpflichtete, u. a. alsbald 25000 *RM* nebst 10% Zinsen seit dem Unfalltag und für jedes aus der Ehe noch nachgeborene Kind weitere 5000 *RM* zu zahlen.

Mit der vorl. Klage verlangen die Kl. vom Staate Ersatz wegen Amtspflichtverletzung des Vormundschaftsrichters. Sie machen geltend, der Vormundschaftsrichter habe es schuldhaft unterlassen, rechtzeitig die durch die Umstände gebotenen Maßnahmen in ihrem Interesse zu treffen; insbes. habe er trotz der Warnungen der Großeltern und anderer Verwandten ihr Vermögen nicht vor dem unberechtigten Verbrauch durch die Mutter gesichert, deren Beeinflussung durch den schlechtbeleumundeten X. ihm wiederholt vorgestellt worden sei. Der Bekl. bestreitet u. a. die Höhe des Schadens, weil anzunehmen sei, daß die kapitalisierte Unterhaltsrente in der Zwischenzeit bestimmungsgemäß verbraucht worden wäre.

Wenn auch die Abfindung durch Kapital im Falle des § 844 Abs. 2 BGB. ihrem Wesen nach nicht selbst Unterhaltsleistung, sondern Schadensersatzleistung ist, so stellt sie doch einen Ersatz für die Unterhaltsleistung dar; sie tritt an die Stelle der Unterhaltsleistung (hier des Vaters; vgl. § 1606 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB.), wie denn auch die Unterhaltsfrage die Grundlage für die Bemessung bildet. Die Abfindungssumme ist, soweit nicht die Zinsen oder der sonst damit gewonnene Ertrag zur Deckung des Unterhalts ausreichen, dazu bestimmt, in ihren einzelnen, nach der jeweiligen Bedürfnislage zu bemessenden Teilen selbst als „Einkünfte" zur Deckung des Unterhalts verwendet zu werden. Hiernach ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das BG. annimmt, die Mutter der Kl. habe, ehe sie nach § 1602 Abs. 2 BGB. selbst unterhaltspflichtig wurde, erst die den Kindern gehörigen Kapitalanteile für deren Unterhalt heranziehen dürfen. Immerhin würden bei der Bemessung der Schadenshöhe zugunsten des Bekl. nur die Kapitalteile der Kl. berücksichtigt werden dürfen, die tatsächlich zur Bestreitung ihres Unterhalts verwendet worden sind, dies aber wiederum nur in dem Umfang, in dem sie bei gewissenhafter und sparsamer Wirtschaftsführung für die Kl. benötigt waren. Soweit also etwa die Mutter der Kl. mit den Zinsen den Unterhalt hat bestreiten können, oder nicht die Kapitalteile der Kinder, sondern ihr eigenes Kapital hierfür verwendet hat, oder soweit sie in Wirklichkeit — etwa für einen der Kl. — den Unterhalt gar nicht geleistet, oder die Kapitalien der Kl. für eigene Zwecke oder den Unterhalt des X. und der von ihm erzeugten unehelichen Kinder verwendet hat, oder der Verbrauch ein übermäßiger war, dürfen die Kl. dadurch nicht belastet werden.

Da das BG. sich mit diesen Fragen nicht befaßt hat, muß das angef. Urteil schon deswegen der Aufhebung und Zurückverweisung verfallen.

(U. v. 20. März 1936; III 114/35. — Stettin.) [v. B.] <= RGZ. 151, 101.>

**Anmerkung:** Das Urteil folgt der vorhandenen Rspr. zu § 843 BGB., wonach die Entrichtung einer Geldrente einen besonders gearteten Schadensersatz darstellt, der Ähnlichkeit mit dem Unterhaltsanspruch hat (RGZ. 52, 49). Die Schadensersatzleistung stellt also einen Ersatz für die Unterhaltsleistung des getöteten Vaters dar, so daß es für die Frage, wie hoch der Staat für die Pflichtverletzung des Vormundschaftsrichters einzutreten hat, darauf abzustellen ist, welcher Anteil bei der Auseinandersetzung den einzelnen Kindern zugefallen wäre. Der Ersatz hat nur im Rahmen der tatsächlichen Unterhaltsaufwendungen, und zwar, soweit sie bei sparsamer Wirtschaftsführung notwendig waren, zu erfolgen. Hätte die Mutter mit den Zinsen des Kapitals der Kinder deren Unterhalt bestreiten können, so müßten die Kinder so gestellt werden, daß sie ihren vollen Kapitalteil wiedererhalten. Soweit die Kl. ihren eigenen Kapitalanteil zum Unterhalt verwendet hat, ist kein Schaden der Kinder entstanden. Soweit sie einem der Kinder keinen Unterhalt geleistet hat — etwa weil die Großeltern dafür sorgten — ist ebenso kein Schaden entstanden, für den der Staat aufzukommen hat. Hat die Mutter dagegen Kapitalteile der Kinder für eigene Zwecke oder den Unterhalt des X. verwendet, so ist dafür Schadensersatz zu leisten. Auch soweit ein übermäßiger Verbrauch stattgefunden hat, muß der Staat den Schaden ersetzen.

Diese zum Teil sehr verschiedenen Gesichtspunkte hat das RG. in den vorletzten Satz hineingebracht, was das Verständnis nicht erleichtert. Im Ergebnis ist den vom RG. entwickelten Gedankengängen zuzustimmen.

RA. Dr. K. Volkmann, Düsseldorf.

*

**14.** § 852 BGB. Für den Beginn der Verjährung kommt es nicht darauf an, wann der Verletzte von einer einzelnen Schadensfolge in Wirklichkeit Kenntnis erhält, es sei denn, daß es sich um eine Schadensfolge handelt, die zugleich mit der allgemeinen Kenntnis von dem Schaden noch nicht vorauszusehen war.

Zwar stellt sich grundsätzlich der aus einer unerlaubten Handlung entstehende Schaden als eine Einheit dar und nicht als eine Summe einzelner Schäden. Die Ungewißheit über den Umfang des Schadens schließt daher nicht den Beginn der Verjährung i. S. des § 852 BGB. aus, wenn dort von dem Zeitpunkt die Rede ist, in welchem der Verletzte von dem Schaden Kenntnis erlangt. Alle Folgen, die im Zeitpunkt der Erlangung der allgemeinen Kenntnis von dem Schaden nur als möglich vorauszusehen waren, fallen unter jenen Schaden. Es kommt für den Beginn der Verjährung nicht darauf an, wann der Verletzte von der einzelnen Schadensfolge in Wirklichkeit Kenntnis erhält. Anders aber ist die Rechtslage, wenn es sich um eine Schadensfolge handelt, die zugleich mit der allgemeinen Kenntnis von dem Schaden noch nicht vorauszusehen war. Das gilt insbes. von der nicht voraussehbaren Verschlimmerung eines Leidens, die in diesem Umfang zunächst nicht vorausgesehen werden konnte. Dieser Grundsatz steht in der Rspr. des RG. fest (RGZ. 119, 208 = JW. 1928, 563[12] m. Anm.; 1921, 1532[9]; RGUrt. vom 17. Mai 1934, VI 42/34). Nun hat der Kl. bereits im Schriftsatz v. 25. April 1932, mit dem er das Verfahren nach rechtskräftiger Erledigung des Grundes des auf Zahlung gerichteten Klageanspruchs einleitete, vorgetragen, daß seit dem Herbst 1931 eine wesentliche Verschlechterung seines Zustandes durch Auftreten neuer Folgen an der Bißverletzung eingetreten sei; seit Anfang November sei er infolge des Wiederaufbrechens der lediglich verschorften Wunde völlig erwerbsunfähig. Das ist dann in späteren Schriftsätzen näher erläutert und umschrieben worden. Die Parteien haben darüber verhandelt; der Bekl. hat in Abrede gestellt, daß die neuen Krankheitserscheinungen überhaupt einen ursächlichen Zusammenhang mit dem Hundebiß haben. Darüber ist vom LG. Beweis erhoben worden, und auch das BG. hat zugleich mit dem Erlaß des jetzt zu prüfenden Urteils einen Beweisbeschluß über jenen ursächlichen Zusammenhang erlassen. Steht also nicht einmal der ursächliche Zusammenhang zwischen den neuen Erscheinungen und dem Hundebiß fest, so ist bis jetzt erst recht nicht festgestellt, daß der Kl.

diese Erscheinungen als Folge des Hundebisses hat voraussehen müssen. Hiernach kann nach der jetzigen Prozeßlage erst mit Nov. 1931 als dem Beginn der neuen Verjährung aus § 852 BGB. gerechnet werden.

(U. v. 23. März 1936; VI 418/35. — Berlin.) [v. B.]

*

**15.** §§ 927, 891 BGB. Von dem Vorbehalt des § 927 Abs. 3 BGB. abgesehen wird durch das Ausschlußurteil des Aufgebotsverfahrens nicht nur das Eigentum anderer als des Antragstellers, sondern jedes Eigentum an dem Grundstück vernichtet, so daß das Grundstück herrenlos wird. Der Gegenbeweis gegen die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB. steht jedem offen, der an der Widerlegung des eingetragenen Eigentums ein rechtliches Interesse hat.

Zwischen den Parteien besteht Streit über das Eigentum an einem Grundstück in B., dem sog. „Starkenmoor". Im Mai 1914 hatten die Kl., welche das damals im Grundbuch nichteingetragene Grundstück in vermessenen und durch Draht eingefriedigten Teilstücken besitzen, das Aufgebot des Eigentümers gem. § 927 BGB., §§ 977 f. ZPO. beim zuständigen AG. beantragt. Dem Verfahren widersprach der Erblasser der Bekl., indem er zwar Eigentum oder Miteigentum an dem Grundstück nicht für sich in Anspruch nahm, jedoch Eigentum der Dorfschaft B. behauptete, unter deren Namen es in der Grundsteuermutterrolle eingetragen war. Das AG. nahm an, daß er nicht Eigentum der politischen Ortsgemeinde Dorfschaft B. (inzwischen aufgegangen in der Gemeinde A.), sondern sein Mitgliedschaftsrecht an einer engeren Realgemeinde Dorfschaft B. geltend machen wolle. Da ihm hiernach „möglicherweise als grundbesitzendem Mitglied der Dorfschaft ein unmittelbares Gesamteigentumsrecht zustehe", so glaubte das AG., seine Anmeldung nicht unberücksichtigt lassen zu dürfen, und beschloß die Aussetzung des Verfahrens bis zur endgültigen Entsch. über sein behauptetes anteiliges Recht. Die hiergegen von den Antragstellern eingelegte Beschw. wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Nachdem inzwischen für das streitige Grundstück ein Grundbuchblatt angelegt und am 23. Juli 1925 als deren Eigentümerin die Dorfschaft B. „auf Grund des § 45 der AusfVO. z. GBO. eingetragen worden war, erhoben die Kl. im Okt. 1934 gegen die Bekl. die vorliegende Klage, mit der sie beantragten, festzustellen, daß die Bekl. an dem sog. Starkenmoor keine Ansprüche hätten. Sie erwirkten auch im Dez. 1934 die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuche dahin, daß nicht die Dorfschaft B., sondern sie selbst Eigentümer seien. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs mit gleichem Inhalt wurde ferner im Okt. 1935 von Amts wegen eingetragen.

Das LG. erkannte nach den Klageanträgen. Das OLG. dagegen wies auf die Berufung der Bekl. die Klage ab.

Der Rev. war Erfolg nicht zu versagen.

Im BU. werden die beiden Möglichkeiten unterschieden, daß die erhobene negative Feststellungsklage innerhalb und daß sie außerhalb des Aufgebotsverfahrens Ansprüche der Bekl. auf das Starkenmoor bekämpfe. Im Rahmen des Aufgebotsverfahrens spricht ihr das BG. das zu erfordernde Rechtsschutzbedürfnis ab, weil sie, da inzwischen das Grundbuch angelegt und die Dorfschaft B. als Eigentümerin eingetragen worden sei, im Hinblick auf die Vorschrift des § 927 Abs. 3 ZPO. niemals zu einem die Eintragung der Kl. ermöglichenden Ausschlußurteil führen könne. Soweit aber etwa die Kl. außerhalb des Aufgebotsverfahrens ihr rechtliches Interesse an der Feststellung der Freiheit ihres Eigentums von Ansprüchen der Bekl. geltend machen wollten, würde ihre Klage daran scheitern müssen, daß sie angesichts der inzwischen erfolgten Eintragung der Dorfschaft B. als Eigentümerin ihr Eigentumsrecht hinreichend zu beweisen außerstande seien. In beiden Hinsichten hält das BU. den Revisionsangriffen nicht stand.

Gegen die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses für die Klage, soweit sie die Beseitigung des im Aufgebotsverfahren durch die Anmeldung eines Anteilsrechts des Erblassers der Bekl. entstandenen Hindernisses zum Ziele hat, führt die Rev. mit Recht aus, das Feststellungsinteresse — und damit das Rechtsschutzbedürfnis — der Kl. ergebe sich schon aus der Tatsache, daß das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entsch. über das von dem Erblasser der Bekl. angemeldete, auf seine Mitgliedschaft an der Dorfschaft B. begründete Recht ausgesetzt worden sei. Dieses Feststellungsinteresse wird nicht dadurch beseitigt und kann nicht deshalb geleugnet werden, weil inzwischen die Dorfschaft als Eigentümerin des streitigen Grundstücks im Grundbuch eingetragen worden ist. Das BG. begründet seine gegenteilige Meinung mit der Verweisung auf die Vorschrift des § 927 Abs. 3 BGB. Es mag hier mit dem BG. davon ausgegangen werden, daß die Dorfschaft B. als Dritter i. S. dieser Vorschrift zu gelten habe, obwohl sich nach dieser Richtung aus der Besonderheit des vorl. Falls Zweifel deshalb erheben könnten, weil die Bekl. ihren Widerspruch gegen das von den Kl. erstrebte Ausschlußurteil ausschließlich auf ihre Mitgliedschaft an der Dorfschaft B., und zwar wohl in deren Eigenschaft als einer — von der früheren politischen Gemeinde verschiedenen — Realgenossenschaft begründen und sonach mit ihrem Widerspruch gerade das Eigentum der Dorfschaft B. geltend machen. Auch wenn nach der genannten Vorschrift das Ausschlußurteil, welches nach rechtskräftiger Beseitigung des ihm zur Zeit entgegenstehenden Hindernisses zu erlassen wäre, gegen die Dorfschaft B. nicht wirken und deshalb als solches unmittelbar eine Eintragung der Kl. als Eigentümer der von ihnen beanspruchten Teile des streitigen Grundstücks nicht ermöglichen sollte, so würde es die Kl. doch auf dem Wege zu ihrem Ziel ein wesentliches Stück weiterführen. Daß durch die während des Aufgebotsverfahrens erwirkte Eintragung eines Dritten als Eigentümers der Erlaß des Ausschlußurteils nicht überhaupt gehindert wird, ergibt schon der das Vorliegen des Urteils voraussetzende Wortlaut des § 927 Abs. 3 ohne weiteres. Von dem Vorbehalt des § 927 Abs. 3 abgesehen wird nun zwar, wie der erk. Sen. RGZ. 76, 357 = JW. 1911, 715 ausgesprochen hat, durch das Ausschlußurteil des Aufgebotsverfahrens nicht nur das Eigentum anderer als des Antragstellers, sondern jedes Eigentum an dem Grundstück, also auch das etwaige Eigentum des Antragstellers selbst, vernichtet, so daß das Grundstück herrenlos wird. Für einen etwaigen Eigentumsbeweis der Kl. würde demnach das Ausschlußurteil, da solcher mit ihm in Widerspruch träte, ohne Wert sein. Zutreffend weist aber die Rev. darauf hin, daß nicht nur derjenige den Gegenbeweis gegen die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB. führen dürfe, der selbst das streitige Eigentum als ihm (bereits) zustehend für sich in Anspruch nehme. Der Gegenbeweis steht vielmehr jedem offen, der an der Widerlegung des eingetragenen Eigentums ein rechtliches Interesse hat (RGRKomm. § 891 BGB. Anm. 4 Abs. 3, 8. Aufl., S. 122). Dieses rechtliche Interesse würden aber die Kl. gerade mit dem von ihnen erwirkten Ausschlußurteil zu belegen imstande sein, indem dieses ihnen nach § 927 Abs. 2 BGB. die Möglichkeit eröffnete, nunmehr sich als Eigentümer des durch das Urteil als herrenlos erwiesenen Grundstücks eintragen zu lassen, sobald sie nur die augenblicklich vorliegende, nach § 927 Abs. 3 das. von der Wirkung des Urteils nicht mitergriffene Eigentümereintragung auf anderem Wege, nämlich durch besonderen Gegenbeweis, als unrichtig dargetan und damit entkräftet haben. Mit dem bloßen Hinweis auf die Vorschrift des § 927 Abs. 3 BGB. konnte hiernach das Interesse der Kl. an der erhobenen Feststellungsklage und ihr Rechtsschutzbedürfnis nicht wirksam geleugnet werden.

Die Bekl. haben versucht, die Rev. mit der Vorschrift des § 927 Abs. 1 Satz 3 zu bekämpfen, wonach, falls der Eigentümer im Grundbuch eingetragen sei, das Aufgebotsverfahren nur stattfinde, wenn er gestorben oder verschollen und eine Eintragung im Grundbuch, die seiner Zustimmung bedurfte, seit 30 Jahren nicht erfolgt sei. Sie wollen zwar

nicht verkennen, daß, wie sich aus dem Gegensatze der Vorschriften in Abs. 1 und 3 des § 927 ergebe, die Vorschrift des Satzes 3 in Abs. 1 das. als Regelfall den einer schon **bei** Einleitung des Aufgebotsverfahrens bestehenden Eigentümereintragung im Auge habe, während Abs. 3 das. den Fall einer **nach** Einleitung des Verfahrens, jedoch **vor** Erlaß des Ausschlußurteils erwirkten Eigentumseintragung betreffe (RGRKomm. § 927 Anm. 10). Die Unterstellung des vorl. Falles unter die Vorschrift des Abs. 1 Satz 3 statt des Abs. 3 glauben sie trotzdem damit rechtfertigen zu können, daß es sich hier um ein schon seit mehr als 20 Jahren schwebendes Aufgebotsverfahren handle, während dessen langjährigen Ruhens, zeitlich etwa in der Mitte zwischen Einleitung und Wiederaufnahme, die Eintragung der Dorfschaft B. als Eigentümerin erfolgt sei, weshalb diese einer schon bei Einleitung des Verfahrens bestehenden gleichgestellt werden dürfe und müsse. Hierin kann den Bekl. jedoch nicht gefolgt werden. Ihr Versuch setzt sich ohne zureichende Begründung mit den klaren Gesetzesvorschriften in Widerspruch, die zwischen den Fällen einer schon **bei** Einleitung des Aufgebotsverfahrens bestehenden und einer erst **während** des Verfahrens erwirkten Eintragung so bestimmt unterscheiden, daß der Länge der seit Einleitung des Verfahrens verstrichenen Zeit und dem nun schon mehr als zehnjährigen Bestehen des Eingetragenseins der Dorfschaft B. kein Einfluß in dem von den Bekl. vertretenen Sinne eingeräumt werden kann.

In zweiter Linie hat das BG. die Klage auch auf ihre Berechtigung **außerhalb** des Aufgebotsverfahrens geprüft, ist aber auch unter diesem Gesichtspunkt zur Abweisung gelangt. Zwar beanstandet es mit Recht nicht die Passivlegitimation der Bekl., obwohl diese ihrerseits weder selbst als Eigentümer eingetragen sind noch auch nur das Eigentum für sich selbst in Anspruch nehmen. Denn da die Bekl. ihren Widerspruch auf ihre Zugehörigkeit zur Dorfschaft B. begründen, diese aber jetzt als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist, so besteht ihnen gegenüber das Feststellungsinteresse der Kl. für eine Klage, mit der — außerhalb des Aufgebotsverfahrens und unabhängig von ihm — das von den Bekl. bestrittene Eigentum der Kl. am Grundstück behauptet und folglich die Eintragung der Dorfschaft B. als Eigentümerin als unrichtig und zu Unrecht erfolgt bekämpft wird. Ebensowenig unterliegt es einem rechtlichen Bedenken, daß das BG. von der Beweispflicht der Kl. für ihr Eigentum gegenüber der nach § 891 Abs. 1 BGB. für das Eigentum der Dorfschaft B. sprechenden Vermutung ausgeht und offenbar zur Widerlegung dieser Vermutung den bloßen Nachweis für nicht ausreichend erachtet, daß die formellen Voraussetzungen für die Eintragung der Dorfschaft B. nicht vorgelegen hätten, wie die Kl. unter Hinweis auf § 45 Ziff. 3 der AusfVO. z. GBO. geltend gemacht hatten (vgl. RGRKomm. § 891 Anm. 4 Abs. 3, 8. Aufl., S. 123). Verfahrensrechtlich rügt aber die Rev. als Verstoß gegen § 286 ZPO. mit Grund, daß sich das BG. in Ansehung des Eigentumsbeweises der Kl. mit dem Satze begnügt hat, diese seien gegenüber der Eintragung der Dorfschaft B. im Grundbuch ihr Eigentumsrecht hinreichend zu beweisen außerstande. Angesichts der vorliegenden Verhandlungs- und Beweisergebnisse war dies keine der Vorschrift des § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO. entsprechende Begründung, sondern eine bloße Aufstellung ohne jegliche Angabe der für die Überzeugung des Gerichts leitenden Gründe. Die Rev. macht weiter geltend, daß Eigenbesitz eine tatsächliche Vermutung für bestehendes Eigentum begründe, und daß eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften bei der Eintragung im Grundbuch, wenn sie auch die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB. außer Kraft zu setzen für sich allein nicht geeignet sei, doch bei der Würdigung des zulässigen Gegenbeweises ins Gewicht fallen könne. Auch hierzu wird das BG. Stellung zu nehmen haben bei der neuen Beurteilung, zu der ihm die gebotene Zurückverweisung der Sache Anlaß gibt.

(U. v. 27. März 1936; V 173/35. — Hamburg.) [v. B.]

*

**16.** § 283 HGB.; § 256 ZPO. Gründerbezugsrechte bei der AktG. Auch die alten vor der Novelle v. J. 1884 geschaffenen Bezugsrechte der Gründer einer AktG. können unter der heutigen Rechtsanschauung nicht mehr anerkannt werden. — Rechtliches Interesse an der Feststellung.

Die Kl., deren Aktien zur Zeit überwiegend im Besitz der ... Gasgesellschaft sind, ist in notarieller Verhandlung v. 18. Juni 1872 unter der Firma „Rheinische Wasserwerks-Gesellschaft“ mit dem Sitz in Köln und einem Grundkapital von 2 500 000 Taler von insgesamt 7 Gründern ins Leben gerufen worden. § 5 der Satzung bestimmte u. a.: „Im Falle stattfindender Erhöhung des Grundkapitals sind die eingangs genannten Gründer berechtigt, die Hälfte der jedesmaligen Emission al pari zu übernehmen.“ Die Bank J. L. E. & Co. OHG., die zu den Gründern gehörte, beteiligte sich mit 1 000 000 Taler, also 40% des Grundkapitals. Im Gründungsvertrag ist noch die Erklärung der Gründer aufgenommen, daß das Verhältnis der Zeichnungen maßgebend sein solle, wenn bei späteren Kapitalerhöhungen gem. § 5 der Satzung die Übernahme weiterer Aktien „al pari“ seitens der Gründer in Frage komme. In der GenVers. v. 25. April 1874 wurde das Grundkapital auf 1 250 000 Taler herabgesetzt. In einer weiteren GenVers. v. 13. Sept. 1875 wurde beschlossen, das Grundkapital auf 625 000 Taler zu ermäßigen und § 5 der Satzung dahin zu ändern, daß bei einer Erhöhung des Aktienkapitals bis zu 7 500 000 ℳ, die von dem Aufsichtsrat beschlossen werden könne, den Aktionären ein Bezugsrecht auf die neuen Aktien zustehe, im Fall einer weiteren Erhöhung über 7 500 000 ℳ hinaus, die nur durch Beschluß der GenVers. erfolgen könne, indessen den Gründern zur Übernahme der Hälfte „der jedesmaligen Emission al pari“ berechtigt sein sollten. Diese Beschlüsse wurden jedoch durch Beschluß der GenVers. v. 4. Aug. 1876 wieder aufgehoben, weil sich Hindernisse für die Durchführung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses ergeben hätten. In der GenVers. v. 8. April 1878 wurde alsdann die Streichung des ganzen § 5 in der bisherigen Fassung und an deren Stelle folgende Neufassung beschlossen: „Das Aktienkapital von 1 250 000 Taler ... wird ... auf 2 250 000 ℳ, geteilt in ... Aktien à 600 ℳ herabgesetzt... Eine Erhöhung des Aktienkapitals kann nur durch die GenVers. beschlossen werden. Im Falle stattfindender Erhöhungen sind die im Eingang des Statuts genannten Gründer berechtigt, die Hälfte der jedesmaligen Emission al pari zu übernehmen.“ Die „definitive Feststellung des Grundkapitals und die dementsprechende Änderung des § 5 des Statuts“ sollte nach Durchführung der Kapitalherabsetzung durch eine spätere GenVers. erfolgen. Sie fand am 30. April 1879 statt und beschloß endgültig die Änderung des § 5 der Satzung wie vorgesehen. Eine GenVers. vom 11. Juli 1930 beschloß eine Neufassung der Satzung. Das Bezugsrecht der Gründer wurde gestrichen.

Die Bekl. sind Inhaber der Firma E. & Co. in Liquidation; der Bekl. Karl E. ist der Sohn, der Ehemann und Erblasser der Mitbekl. E. war ein Neffe eines der Gründer. Die Firma E. & Co. ist im Jan. 1913 aufgelöst und am 22. Jan. 1929 im Handelsregister gelöscht worden. Karl E. war Liquidator; er ist mit 57%, die Zweitbekl. mit 43% an den zuletzt noch im Besitz der Firma E. & Co. befindlichen Aktien der Kl. beteiligt; dieser Aktienbesitz umfaßt nur noch einen kleinen Splitter des Grundkapitals der Kl. In der GenVers. v. 11. Juli 1930 waren sie nicht vertreten. Durch Schreiben v. 28. Jan. 1931 wies der Bekl. Karl E. jedoch die Kl. darauf hin, daß das Gründerbezugsrecht trotz des GenVersBeschlusses bestehen geblieben sei.

Die Kl. verlangt nun mit ihren schließlichen Anträgen Feststellung dahin, daß sie nicht verpflichtet sei, bei künftigen Kapitalerhöhungen der Bekl. neue Aktien zum Nennwert anzubieten, sowie daß den Bekl. an den nennwertlich 713 000 ℛℳ Vorratsaktien kein Gründerbezugsrecht zustehe, auch wenn diese Aktien zu anderen als Angliederungszwecken verwendet würden; hilfsweise beantragt sie, festzustellen, daß sie nicht verpflichtet sei, bei künftigen Kapitalerhöhungen bis zu einem

Grundkapital von 7500000 RM den Bekl. junge Aktien zum Nennwert anzubieten. Sie macht geltend, daß ein Gründerbezugsrecht rechtsgültig und rechtswirksam nicht zur Entstehung gelangt, bejahendenfalls aus verschiedenen (im einzelnen näher dargelegten) Gründen später weggefallen, sein Tatbestand aber unter allen Umständen mit den neuen Rechtsanschauungen völlig unvereinbar sei; äußerstenfalls stehe den Bekl. ein Gründerbezugsrecht nur bei einer Erhöhung des Grundkapitals über 2500000 Taler, d. h. 7500000 RM hinaus zu. Die Bekl. haben kostenfällige Klageabweisung und widerklageweise besonders beantragt, festzustellen, daß das im Gründungsvertrag der Kl. v. 18. Juni 1872 für die damaligen Gründer ausbedungene Recht, wonach sie berechtigt sind, bei jeder Erhöhung des Grundkapitals die Hälfte der neu auszugebenden Aktien zum Nennwert zu übernehmen zugunsten der Widerkl. nach wie vor bestehe.

Das OLG. hat festgestellt, 1. daß die Kl. nicht verpflichtet ist, bei künftigen Erhöhungen ihres Aktienkapitals bis zu 7500000 RM der Firma J. L. E. & Co. in Liquidation zu Köln oder den Bekl. persönlich als Inhabern oder Rechtsnachfolgern dieser Firma neue Aktien zum Nennwert anzubieten; 2. daß weder die Firma J. L. E. & Co. in Liquidation noch die Bekl. persönlich an den bei der Kl. aus der Kapitalerhöhung v. 6. Mai 1931 noch vorhandenen 713000 RM Vorratsaktien, auch wenn sie zu anderen als Angliederungszwecken verwendet werden, ein Gründerbezugsrecht haben.

Die Widerklage wird abgewiesen. Das RG. hat die Rev. der Bekl. zurückgewiesen und auf die Rev. der Kl. festgestellt, daß sie nicht verpflichtet ist, den Bekl. bei künftigen Kapitalerhöhungen neue Aktien zum Nennwert zum Bezug anzubieten.

A. Zur Rev. der Kl.:

I. Die Klage ist die verneinende Feststellungsklage aus § 256 ZPO. Das BG. hat ihre Statthaftigkeit geprüft und sie bejaht mit der Begründung, die Kl. habe ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Feststellung, daß den Bekl. die Gründerbezugsrechte, deren sie sich ihr gegenüber berühmen, nicht zustehen. Insofern sind an und für sich rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Es könnte sich nur fragen, ob dieses Interesse etwa um deswillen entfallen ist, weil die Bekl. im Lauf des Prozesses wegen der streitigen Gründerbezugsrechte widerklagend die bejahende Feststellungsklage erhoben haben. Nun ist anerkannt, daß, wenn und insoweit bezüglich eines Anspruchs, dessen Nichtbestehen mit der verneinenden Feststellungsklage festgestellt werden soll, von dem Gegner die Leistungsklage erhoben wird, das rechtliche Interesse an der Weiterverfolgung der verneinenden Feststellungsklage regelmäßig entfällt und damit, da das Feststellungsinteresse noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein muß, die etwa noch aufrechterhaltene Feststellungsklage unzulässig wird (s. a. WarnRspr. 1936 Nr. 7 S. 19 ff.). Allein so liegt der Fall hier nicht. Es stehen sich nicht gegenüber die verneinende Feststellungsklage und die Leistungsklage, sondern zur Klage die verneinende, zur Widerklage die bejahende Feststellungsklage. Solchenfalls kann nur die Frage auftauchen, ob die Bekl. angesichts der Rechtskraftwirkung des auf die verneinende Feststellungsklage ergehenden Sachurteils überhaupt ein rechtliches Interesse an der von ihnen widerklagend begehrten bejahenden Feststellung haben (s. a. Urteil des 5. ZivSen. v. 10. Mai 1922, V 455/21). Ob dies zutrifft, ist bei der Prüfung der Zulässigkeit der Widerklage zu erörtern.

II. Die Rev. wendet sich zunächst gegen die Rechtsgültigkeit und den Fortbestand der aus der Zeit vor der Aktiennovelle von 1884 stammenden streitigen Gründerbezugsrechte.

1. Unzweifelhaft ist die Neubegründung solcher Rechte seit dem Inkrafttreten des Art. 215a Abs. 4 ADHGB. i. d. Fass. des RGes., betr. die KommGes. auf Aktien und die AktG. v. 18. Juli 1884 (RGBl. 123, 154) ausgeschlossen, der dahin lautet: „Eine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien, welche vor dem Beschlusse auf Erhöhung des Grundkapitals erfolgt, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam." Dieser Bestimmung entspricht die jetzt geltende Vorschrift des § 283 Abs. 2 HGB. In der amtlichen Begründung des Entw. zu dem genannten Gesetz von 1884 ist ausgeführt, daß die Zusicherung eines vorzugsweisen Bezugsrechts hinsichtlich neu auszugebender Aktien an die Gebrüder zu den gröbsten Mißständen geführt habe. Diese Art von „Stipulationen" hindere die ruhige wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft, bringe in sie von Anfang an ein unsolides Element, indem sie die sachliche Frage der Ausdehnung des Geschäftsbetriebs und des Grundkapitals an die persönlichen Interessen der bevorzugten Gesellschafter fessle, zu Kurstreibereien und dazu verleite, den Umfang der Geschäfte der Gesellschaft über das wirtschaftliche Maß hinaus auszudehnen; umgekehrt aber würde bei wirklich gesteigertem Umsatz und sonst unverkennbarem Bedürfnis die Gesellschaft naturgemäß zu einer Vermehrung des Grundkapitals schreiten, wenn sie nicht die in der früheren Zeit ihr auferlegte Beschlagnahme der neuen Aktien lähmen würde. Der Entw. beseitige zwar, wenn er zum Gesetz erhoben werde, dadurch, daß er die Entsch. über die Erhöhung des Grundkapitals stets in die Hände der GenVers. lege, einen Teil der Mißstände; allein dies biete, namentlich für die erste Zeit nach der Gründung, keinen ausreichenden Schutz, weil dabei die GenVers. meist noch von den Gründern beherrscht werde; wenn aber in späterer Zeit die ursprünglich Berechtigten sich ihres Aktienbesitzes meist schon entäußert hätten, liege am wenigsten Veranlassung vor, durch die Rücksicht auf die Gründergerechtsame die Geschicke der Gesellschaft hemmen zu lassen. Deshalb sei jede vorgängige Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien der Gesellschaft gegenüber für unwirksam zu erklären, sei es, daß sie bei der Gründung oder nach der Errichtung der Gesellschaft vor dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals geschehe.

Faßt man diese Begründung des nachmals Gesetz gewordenen Art. 215a Abs. 2 und 4 ADHGB. ins Auge, so ergibt sich daraus zweierlei: Einmal, daß die bisherige Möglichkeit der Schaffung solcher Gründervorrechte schwerste Mißstände im Gefolge gehabt hatte, daß deshalb zwecks Rein- und Gesunderhaltung des Aktienwesens, mithin im öffentlichen Interesse, ein gesetzgeberisches Einschreiten geboten erschien, das solche Auswüchse für die Zukunft unterbinden sollte und auch unterbunden hat. Weiter läßt die Begründung ebenso deutlich erkennen, daß der Gesetzgeber in derartigen Abreden zugunsten der Gründer grundsätzlich eine sachlich nicht gerechtfertigte Überspannung ihrer eigennützigen Belange auf Kosten und zum Schaden der Gesellschaft erblickt und gerade auch mit Rücksicht darauf eine Gestaltung der neuen Vorschriften ins Auge gefaßt hat, die solche Möglichkeiten ein für allemal unterbinden sollte und mit der zum Gesetz gewordenen Bestimmung auch unterbunden hat. Es kann kein Zweifel bestehen, ist auch weder in der Rspr. noch im Schrifttum bezweifelt worden, daß die Vorschrift des Art. 215a Abs. 4 ADHGB., weil im öffentlichen Interesse getroffen, schlechthin zwingenden Rechtens war, wie dies für die entsprechende Bestimmung des § 283 Abs. 2 HGB. anerkannt ist.

2. Die Rspr. des RG. hat aber den Fortbestand solcher Gründerbezugsrechte auch nach dem Inkrafttreten des Art. 215a ADHGB. insoweit anerkannt, als sie vorher schon festgelegt waren (s. z. B. RGZ. 27, 1 ff.; 28, 75 ff.; 47, 24 ff.; 108, 32 ff. = JW. 1924, 114; Bolze, Bd. 13 Nr. 506; JW. 1897, 241[51]; 1901, 484[7], 617[4]; 1926, 2901[6]; Urt. des 1. ZivSen. v. 3. Juni 1891, I 116/91). Auch das Schrifttum hat sich dem in seiner überwiegenden Mehrzahl angeschlossen. Der bisherige Standpunkt des RG. zur Frage der Fortgeltung der Gründerbezugsrechte ist im wesentlichen wie folgt begründet: Eine ausdrückliche Vorschrift, daß Art. 215a ADHGB. auch auf die vor dem Inkrafttreten des Ges. v. 18. Juli 1884 begründeten Bezugsrechte Anwendung finde, enthalte das Gesetz nicht; insbes. wolle § 3 hierüber nichts bestimmen; er betreffe nur die Voraussetzungen, unter denen die zur Zeit des Inkrafttretens des Ges. schon bestehenden Gesellschaften zur Erhöhung des Grundkapitals schreiten könnten, besage aber nichts darüber, inwieweit die

Gesellschaft an schon bestehende Rechte gebunden sei; die Vorschrift des Art. 215a Abs. 4 sei zwar „publici iuris“; daraus folge aber noch nicht, daß das Gesetz auf bereits begründete Rechte Anwendung finde. Seinem Wortlaut nach enthalte der Art. 215a Abs. 4 ADHGB. auch nur eine Verfügung für die Zukunft, nämlich dahin, daß künftige Zusicherungen von Bezugsrechten vor dem Beschluß der GenVers. auf Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft gegenüber unwirksam sein sollten. Wenn nun weder § 3 des Ges. v. 18. Juli 1884 noch Art. 215a Abs. 4 ADHGB. ihrem Wortlaut nach eine solche Rückwirkung aussprächen, so sei zu erwägen, ob sachliche Gründe für eine solche sprechen. Das sei zu verneinen. Es handle sich bei den streitigen Gründerbezugsrechten um „wohlerworbene Rechte“. Obgleich der Gesetzgeber auch in solche eingreifen könne, sei doch im Zweifel zu unterstellen, daß das Gesetz sie nicht habe beeinträchtigen wollen. Sowohl aus den einzelnen Bestimmungen des Ges. vom 18. Juli 1884 selbst wie aus der Begründung des Entw. ergebe sich, daß das Gesetz, wenn es auch das öffentliche Interesse berücksichtige, wohlerworbene Rechte schonen wolle (s. §§ 2 Abs. 1, 4, 6 Abs. 1 das.). Dem erwähnten Gesetze selbst oder dessen Begründung seien aber weiter keine genügenden Anhaltspunkte zu entnehmen dafür, daß das RGes. v. 18. Juli 1884 bezüglich der Bestimmung des Art. 215a Abs. 4 ADHGB. eine Rückwirkung auf wohlerworbene Rechte erlauben wolle. Diese Erwägungen würden in gewichtiger Weise unterstützt durch die Bemerkung im Bericht der Reichstagskommission zu Art. 215a (Stenogr. Ber. über die Verh. des RT., 5. LegPer. IV. Sess. 1884 Bd. 4 S. 1016): „Die erhebliche Änderung des bisherigen Rechts, wonach eine Zusicherung auf den Bezug neu auszugebender Aktien, welche vor dem Beschlusse über die Erhöhung des Grundkapitals erfolgt, der Gesellschaft gegenüber unwirksam sein soll, ist ohne Widerspruch angenommen, nachdem allseitig konstatiert wurde, daß diese Bestimmung auf Zusicherungen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Ges. erteilt sind, keine Anwendung findet.“ Angesichts dieser Bemerkung sei anzunehmen, daß sie sowohl die Ansicht der Regierungsvertreter, wie die der Kommission selbst wiedergebe und da andererseits auch bei der Beratung im Reichstag, dem der Bericht vorgelegen habe, von keiner Seite eine abweichende Meinung geltend gemacht worden sei, müsse weiter angenommen werden, daß auch der RT. dieser Auffassung gewesen sei; bei der nicht unterscheidenden Ausdrucksweise in der angeführten Bemerkung des Kommissionsberichts müsse weiter davon ausgegangen werden, daß auch die früheren Bezugsrechte „al pari“ hätten wirksam bleiben sollen.

3. Es kann dahingestellt bleiben, ob an dieser Gesetzesauslegung auch noch heute festgehalten werden könnte, obwohl nach Art. 2 i. Verb. m. Art. 9 Nr. 7 des Ges. zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 844, 845, 850) die formelle Bindung des RG. an die vor dem Inkrafttreten dieses Ges. (1. Sept. 1935) ergangenen Entsch. beseitigt ist. Denn selbst wenn man nicht annehmen wollte, daß die fraglichen Bezugsrechte schon durch Art. 215a Abs. 2, 4 ADHGB. beseitigt worden sind, müßte nunmehr ihre Aufrechterhaltung als mit der gewandelten Lebens- und Rechtsanschauung grundsätzlich unvereinbar bezeichnet werden. Bei dieser grundsätzlichen Erörterung kann es zunächst nicht darauf ankommen, ob im Einzelfall etwa gerade mit Rücksicht auf die besondere Lage der Kl. die Geltendmachung von Rechten dieser Art sich in Absicht auf die Gesellschaftsbelange besonders ungünstig auswirken würde. Auch hier ist davon auszugehen, daß der Kennzeichnung solcher Rechte hinsichtlich ihrer Auswirkung auf das Aktienwesen im allgemeinen, wie sie in der Begründung des amtlichen Entw. von 1884 unzweideutigen Ausdruck gefunden hat, vom Standpunkt des geltenden Rechts sowie im besonderen nach dem Wandel der Lebens- und Rechtsanschauungen seit der Staatserneuerung beizupflichten ist; ja sie müssen von diesen Anschauungen aus nur eine noch wesentlich schärfere Verurteilung erfahren. Seit der Aktiennovelle von 1884 sind sodann mehr als 50 Jahre verflossen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse haben sich grundlegend geändert. Der Krieg und die Geldentwertungszeit haben sich gerade auch im Aktienwesen unheilvoll ausgewirkt. Um einen Neuaufbau im Rahmen der Volkswirtschaft mit lebenswichtigen Aktienunternehmungen zu ermöglichen, hat sich der Gesetzgeber zunächst zum Erlaß der GoldBilVO. vom 23. Dez. 1923 (RGBl. I, 1253) und ihrer DurchfVO. genötigt gesehen mit zahlreichen, zum Teil weitgehenden Eingriffen in die finanziellen und sonstigen Verhältnisse der Gesellschaften. Bei vielen Gesellschaften kam die Ausrichtung des Unternehmens nach diesen Vorschriften in wirtschaftlicher Hinsicht einer Neugründung gleich. Die Eigenkapitalien im besonderen erfuhren vielfach im Wege der Herabsetzung und Zusammenlegung eine Umstellung, die von dem früheren Eigenkapital nur Splitter übrigließ; die Aktionäre mußten im Interesse des Fortbestands des Unternehmens als solchen vielfach finanziell und machtmäßig große Opfer bringen. Die nachfolgende Zeit der Scheinblüte und des anschließenden neuen Verfalls der Volkswirtschaft haben wiederum die Unternehmen in Form der AktG. ungünstig beeinflußt; im Interesse des großen ganzen wurden aufs neue einschneidende gesetzgeberische Maßnahmen erforderlich, um eine Gesundung der Verhältnisse gerade auch auf diesem Gebiet zu erreichen. Wieder waren, um eine rasche und einfache Angleichung der Gesellschaften an die von Grund aus geänderte Gesamtwirtschaftslage zu ermöglichen und damit erst wieder die Voraussetzungen für eine künftige gedeihliche Entwicklung zu schaffen, besondere gesetzliche Vorschriften notwendig, wie sie im 5. Teil Kap. II NotVO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen usw. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 556/557) mit ihren DurchfVO. getroffen worden sind. Auch sie erforderten von den Aktionären im Interesse des Unternehmens als solchen vielfach neue beträchtliche Opfer in finanzieller und sonstiger Hinsicht. Hinzuweisen ist ferner auf das neue Bilanzrecht der AktG., durch das eine bessere Offenlegung ihrer Verhältnisse in den Jahresabschlüssen sowie deren Nachprüfung samt der zugrunde liegenden Buchführung und des Geschäftsberichts durch sachverständige Prüfer sichergestellt wird (§§ 261 ff., 262a ff. HGB.). Andere Vorschriften, wie z. B. die des § 240a HGB., treffen Vorkehr gegen die einseitige Ausnützung von Einflußmöglichkeiten und Machtstellungen in der Gesellschaft zu deren Nachteil. In derselben Richtung — Voranstellung des Gesellschaftsinteresses — liegt die neuerdings anerkannte und besonders betonte Treupflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft. Im Zug der Entwicklung erwies sich sodann zur Herbeiführung einer weiteren Gesundung der Verhältnisse auch der Aktienunternehmen der Erlaß des Ges. über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569 ff.) mit DurchfVO. als nötig. Aus alledem ergibt sich, daß seit der Gründung der Kl. wirtschaftlich und rechtlich sich im Aktienwesen viele tiefgreifende Änderungen vollzogen haben, die u. a. gerade auch die Rechte der Aktionäre aufs schwerste beeinträchtigten und von ihnen weitgehende Opfer forderten, um die Unternehmungen mit im Interesse der Gesamtwirtschaft lebens- und entwicklungsfähig zu erhalten. Andererseits liegen die Gründungsvorgänge, auf welche Rechte der hier fraglichen Art überhaupt nur gestützt werden können, mehr als 50 Jahre zurück. In weitaus der Mehrzahl der Fälle wird die finanzielle Beteiligung der Gründer selbst längst abgewickelt sein oder nur mehr einen kleinen Bruchteil der ursprünglichen Beteiligung darstellen. Wie dargelegt, hat schon der Gesetzgeber von 1884 solchen Vorzugsrechten die innere sachliche Berechtigung abgesprochen und sie als gesellschaftsschädliche einseitige Interessenwahrnehmung der Gründer gekennzeichnet. Berücksichtigt man weiter, daß im Allgemeininteresse zur Gesundung der Wirtschaft von seiten der öffentlichen Hand sowohl wie auch von dem einzelnen weitgehende Opfer gebracht werden (vgl. bezüglich der AktG. auch §§ 1 ff. Ges. über die Gewinnverteilung bei Kapitalgesellschaften [AnleihestockG.] v. 4. Dez. 1934 [RGBl. I, 1222]), so erscheint damit die Aufrechterhaltung von Vorzugsrechten der streitigen Art völlig unvereinbar. Ihr Fortbestand wirkt den öffentlichen Maßnahmen zur Gesundung des Aktienwesens und einem Erfolg der zu diesem Behuf von der Allgemeinheit sowohl wie

von den Aktionären gebrachten Opfer nur entgegen. Sie würden zum Schaden einer gedeihlichen Entwicklung des Unternehmens und der kapitalmäßig beteiligten Aktionäre den Berechtigten finanzielle Vorrechte geben, die angesichts des Zeitablaufs und des Wandels der Verhältnisse seit der Gründung der Gesellschaft mit der das ganze Rechtsleben, insbes. auch das Schuld- und Gesellschaftsrecht, beherrschenden Auffassung von Treu und Glauben um so weniger mehr zu vereinbaren sind, als die Schaffung jener Rechte selbst schon besonders nach den heute gewandelten Lebens- und Rechtsanschauungen nur mehr als rücksichtslose, grob eigennützige, sachlich nicht gerechtfertigte Interessenwahrnehmung der Gründer gewertet und gewürdigt werden kann. Rechten dieser Art ist aber grundsätzlich nunmehr die rechtliche Anerkennung zu versagen. Ein Festhalten an ihnen wäre mit den Grundgedanken der §§ 138, 242 BGB. unvereinbar. Nicht abgewickelten Rechtsgeschäften und Abreden aus den Zeiten vor 1933 kann sodann, wenn sie mit der heute maßgebenden Anschauung und Auffassung von dem, was gute Sitten und Treu und Glauben im redlichen Verkehr erheischen, unvereinbar sind, Rechtsschutz durch ein deutsches Gericht nicht gewährt werden.

Von diesem grundsätzlichen Standpunkt aus kommt es darauf nicht an, wie sich in den seit der Gründung der Kl. verflossenen Jahren die Verhältnisse gerade bei ihr gestaltet haben.

Da sich schon nach dem Ausgeführten die Rev. der Kl. als begründet erweist, erübrigt sich ein Eingehen auf die sonstigen Revisionsangriffe. Das angef. Urteil war vielmehr, soweit es der Kl. nachteilig ist, aufzuheben und auch insoweit ihrer Klage stattzugeben.

B. Zur Rev. der Bekl.:

1. Soweit sie sich gegen die Verurteilung der Bekl. in der Sache selbst wendet, ergibt sich die Zurückweisung schon aus dem unter A II 3 Ausgeführten.

2. Der Vorderrichter hat aber auch bezüglich des mit der Widerklage verfolgten Feststellungsbegehrens der Bekl. das erforderliche rechtliche Interesse auf seiten der Bekl. mit Recht verneint. Mit den Feststellungsanträgen sollen die Ansprüche als bestehend festgestellt werden, deren Nichtbestehen Gegenstand der verneinenden Feststellungsvorklage ist. Allein anerkanntermaßen wäre im Fall einer Abweisung der Klage, weil die Ansprüche begründet seien, gleichzeitig das Bestehen dieser Ansprüche festgestellt und damit hier das Ziel der positiven Feststellungsklage ohnehin erreicht. Daß den Bekl., falls die in Anspruch genommenen Rechte je bestehen würden, in der einen oder anderen Richtung etwa Verjährung drohen würde, ist nicht ersichtlich. Ebensowenig ist sonst ein berechtigtes schutzwürdiges Interesse der Bekl. bezüglich ihres Feststellungsbegehrens dargetan. Daß die Kl. etwa der sich aus einem für sie ungünstigen Sachurteil zur Klage ergebenden rechtskräftigen Feststellung der Rechte der Bekl. nicht Rechnung getragen hätte, ist nicht anzunehmen. Dann ist aber die Widerklage von dem BerR. mit Recht gem. § 256 ZPO. mangelnden rechtlichen Interesses halber als unzulässig abgewiesen worden.

(U. v. 7. Febr. 1936; II 182/35. — Köln.) [K.]

*

**17.** § 13 KraftfG.; § 850g ZPO. Pfändungsbeschränkung bei einer kapitalisierten Unfallrente. Es würde dem Sinn und Zweck des § 13 KraftfG. widersprechen, wollte man annehmen, daß die dem Verletzten von dem Unfall an zustehende Geldrente das ihr zustehende Privileg der Pfändungsbeschränkung (§ 850 Abs. 3 ZPO. in der früheren Fassung) oder das am 1. Jan. 1935 an dessen Stelle getretene Privileg der Unpfändbarkeit (§ 850g ZPO. in der seit dem 1. Jan. 1935 geltenden Fassung) dadurch verlieren soll, daß der Schuldner die einzelnen Rentenbeträge nicht bei Fälligkeit zahlt, sondern erst geraume Zeit später durch gerichtliches Urteil zur Zahlung eines alle rückständigen Beträge enthaltenden Kapitalbetrages gezwungen werden muß (vgl. RG. v. 27. März 1906 bei Eger, EisenbEntsch. 24, 112). Jedoch kann das Privileg sich nur so weit erstrecken, als der Kapitalbetrag die Summe der Rentenhöchstbeträge von jährlich 1500 RM nicht übersteigt.

(U. v. 30. April 1936; VI 462/35. — Celle.) [L.]

*

**18.** §§ 6, 21, 34 VVG. Der Versicherer wird trotz seines Rücktritts nach Eintritt des Versicherungsfalles nur dann frei, wenn der im Versicherungsvertrag verschwiegene Umstand den Eintritt des Versicherungsfalles beeinflußt oder die Vertragsleistung des Versicherers erhöht hat. Die unrichtige Beantwortung der Frage der Schadensanzeige nach der Verursachung früherer Schädigungen stellt eine Obliegenheitsverletzung dar.

1. Die Kl. war nach dem Versicherungsschein v. 9. Juli 1932 bei der Bekl. gegen Haftpflichtschäden, die durch ihren Personenkraftwagen verursacht würden, auch hinsichtlich der Haftung des Führers, versichert. Sie macht die Bekl. wegen der aus einem Unfall entstandenen Verpflichtungen haftpflichtig. Die Bekl. hat den Rücktritt vom Vertrag erklärt und sich auf Leistungsfreiheit berufen, weil die Kl. sowohl bei dem Versicherungsantrage als bei der Schadensanzeige unrichtige Angaben gemacht und Obliegenheiten verletzt habe.

Im Versicherungsantrag ist die Frage, ob das Fahrzeug bereits von einem Schaden betroffen oder ob durch dieses schon ein Schaden verursacht sei, nicht beantwortet; sie gilt nach dem Vordruck deshalb als verneint. Der BerR. nimmt zwar nach § 16 Abs. 2 VVG. ein Rücktrittsrecht der Bekl. an, verneint aber nach § 21 VVG. deren Freiwerden von der Leistung, weil der Umstand, in Ansehung dessen die Anzeigepflicht verletzt ist, keinen Einfluß auf den Eintritt des Versicherungsfalles und auf den Umfang der Leistung des Versicherers gehabt habe. — Nach der ständigen Rspr. des Senats wird der Versicherer nach § 21 VVG. nicht schon dann frei, wenn er bei Empfang der richtigen Auskunft die Versicherung nicht oder nur gegen höhere Leistungen des Versicherungsnehmers abgeschlossen hätte, sondern nur dann, wenn der verschwiegene Umstand den Eintritt des Versicherungsfalles beeinflußt oder die Vertragsleistungen des Versicherers erhöht hat (RGZ. 118, 57 = JW. 1928, 553[1]; RGUrt. v. 19. Juni 1917, VII 88/17: VAuffAPrVers. 1918 Anh. S. 69 Nr. 1009; RGUrt. v. 15. Nov. 1929, VII 159/29: JurRdschPrVers. 1929, 419). Die Tatsache früherer Schäden hat aber den Eintritt des Versicherungsfalles nicht beeinflußt; diese haben auch auf den Umfang der Leistung des Versicherers keinen Einfluß. Allerdings kann unter Umständen aus den früheren Unfällen, soweit es sich um denselben Führer handelt, ein Rückschluß auf dessen Persönlichkeit gezogen werden, und es können sich daraus nachteilige Schlüsse für dessen Verschulden und für den Umfang seiner Haftpflicht und somit auch für den Umfang der Ersatzpflicht des Versicherers ergeben. Das genügt aber nicht, um dessen Leistungspflicht zu beseitigen, weil der verschwiegene Umstand als solcher — nämlich die Tatsache der früheren Schäden — den Umfang der Leistung nicht berührt. Im vorl. Falle hat der verschwiegene Umstand um so weniger einen Einfluß auf den Umfang der Leistung des Versicherers als sich die Frage des Versicherungsantrags nicht etwa auf Unfälle, die der Führer verursacht hat, sondern, unabhängig von diesem, auf an dem Wagen oder durch ihn eingetretene Schäden bezieht, aus solchen aber nicht einmal Schlüsse der vorhin gedachten Art gezogen werden könnten.

2. In der Schadensanzeige sind die Fragen, ob der zur Zeit des Unfalls tätige Lenker schon früher Personen- oder Sachbeschädigungen als Kraftfahrzeugführer verursacht hat, und ob er in der genannten Eigenschaft schon gerichtlich oder polizeilich bestraft ist, mit „nein" beantwortet. Tatsächlich

ist dies unrichtig. Nach den Feststellungen des BerR. war v. A. zweimal polizeilich vorbestraft und hatte vier- oder siebenmal Sachbeschädigungen verursacht. Der BerR. sieht in der unrichtigen Beantwortung keine Verletzung einer Obliegenheit, weil der Versicherungsnehmer nach § 5 Abs. 1 AllgVersBed. nur verpflichtet sei, alles zu tun, was zur Aufklärung des Tatbestandes und zur Minderung des Schadens dienen könne, diese Frage aber nicht geeignet sei, etwas Wesentliches zur Aufklärung des Tatbestandes beizutragen, da sich aus solchen früheren Ereignissen keinerlei Schlüsse auf den Hergang des gegenwärtigen Unfalls ziehen ließen; deshalb sei die Kl. zur Beantwortung der Frage nicht verpflichtet gewesen, so daß in einer unrichtigen Beantwortung jedenfalls keine Verletzung einer Obliegenheit i. S. des § 5 AllgVersBed. liege. Diese Auffassung des BerR. kann allerdings nicht gebilligt werden. Denn nach § 34 VVG. ist der Versicherungsnehmer zu jeder Auskunft verpflichtet, die zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht des Versicherers erforderlich ist. Da sich aus den Antworten auf die Fragen möglicherweise Schlüsse auf die Zuverlässigkeit des Lenkers und damit auf den Umfang der Haftpflicht des Versicherungsnehmers ergeben können, so liegt in ihrer unrichtigen Beantwortung an sich eine Obliegenheitsverletzung. Weiter nimmt aber der BerR. an, jedenfalls liege nur eine leicht fahrlässige Verletzung vor, da die Kl. und ihr Mann sehr wohl der Meinung hätten sein können, daß die Beantwortung der Fragen für die Abwicklung der Schadensangelegenheit bedeutungslos sei. Da es sich nach den Feststellungen des BerR. in allen Fällen nur um leichte Schäden handelt, von denen nur einer ein Haftpflichtschaden gewesen sei, so kann darin, daß jedenfalls eine grobe Fahrlässigkeit der Kl. verneint wird, kein Rechtsverstoß gefunden werden. Dann tritt aber nach § 6 Abs. 2 VVG. keine Leistungsfreiheit des Versicherers ein.

(U. v. 10. März 1936; VII 195/35.) [N.]

*

**19.** Voraussetzung für die Verwirkung des Versicherungsanspruchs nach § 17 AllgVersBed. ist, daß sich der Versicherungsnehmer bei den Verhandlungen über die Ermittlung der Entschädigung einer arglistigen Täuschung schuldig macht. Es muß sich um wissentlich unwahre Angaben handeln, die für die Ermittlung des Schadens bedeutsam sein können, und der Versicherungsnehmer muß sich auch bewußt sein, mit ihnen die Schadensfeststellung möglicherweise zu beeinflussen (RG., 7. Sen.: JurRdschPrVers. 1934, 326[1]; WarnRspr. 1932, 12). Die Beweislast für diesen Tatbestand obliegt dem Versicherer (vgl. Bruck, PrivVersR., S. 289, 337, 340).

(U. v. 22. Mai 1936; VII 280/35. — Düsseldorf.) [L.]

*

**20.** § 1 RHaftpflG.; § 25 PrEisenbG. Kraftwagenunfall infolge Behinderung der Sicht durch den aus einer Lokomotive ausgestoßenen Wasserdampf. Das Ausstoßen von Rauch aus der Lokomotive bildet einen regelmäßigen Betriebsvorgang. (Höhere Gewalt verneint.)

Am 4. März 1934 fuhr der Vater der Kl. mit seinem von ihm selbst gelenkten Personenkraftwagen auf der Provinziallandstraße von W. in der Richtung nach M. Neben der Straße führt die Bahnstrecke der beklagten Reichsbahn nach M. Kurz hinter dem Bahnhof R., etwa 9¾ Uhr morgens, kam der Kraftwagen auf gleiche Höhe mit einem nach M. fahrenden Personenzug. Infolge des Südwestwindes und des dunstigen Wetters wurde der Wasserdampf aus der Lokomotive tief auf die Straße gedrückt. Um dieselbe Zeit kam der in diesem Rechtszug unbeteiligte Mitbeklagte S. mit seinem von ihm gesteuerten Personenkraftwagen aus entgegengesetzter Richtung. Der Vater der Kl. bog wegen eines rechts vor ihm fahrenden Radfahrers nach links in die Mitte der Straße aus und stieß in einer undurchsichtigen Dampfwolke mit dem Wagen des S. zusammen. Er starb an den Verletzungen. Die Kl. nehmen die Reichsbahn auf Grund des RHaftpflG. und aus unerlaubter Handlung auf Schadensersatz in Anspruch. Sie verlangen die Kosten der versuchten Heilung, der Beerdigung und für die Wiederherstellung des Kraftwagens und die Feststellung, daß die Bekl. ihnen allen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei, der ihnen durch die Entziehung des Rechts auf Unterhalt infolge des Todes des Vaters erwachse.

Das LG. hat die Ansprüche der Klage zur Hälfte zuerkannt und die Mehrforderungen abgewiesen. Das OLG. hat den Feststellungsanspruch auf den Rahmen des RHaftpflG. gegen die Bekl. beschränkt.

Das OLG. hält die Bekl. nicht wegen Verschuldens, sondern nur im Rahmen des RHaftpflG. und nach § 25 PrEisenbG v. 3. Nov. 1838 für schadensersatzpflichtig. Bei der Schadensteilung berücksichtigt das BG. einerseits die durch die Lage der Bahnstrecke unmittelbar neben der Straße und die Wetterverhältnisse stark erhöhte Betriebsgefahr der Bekl. und andererseits ein erhebliches Verschulden des Vaters der Kl., das neben der durch die hohe Geschwindigkeit seines Wagens wirksamen Betriebsgefahr den Unfall wesentlich mitverursacht habe.

Das Ausstoßen von Rauch aus der Lokomotive bildet einen regelmäßigen Betriebsvorgang der Eisenbahn. Daraus ergibt sich aber, daß von höherer Gewalt keine Rede sein kann. Die Bekl. hat durch die Einrichtung ihres Betriebs und durch ihre eigenen Maßnahmen den Rauch in die Luft geführt und dem freien Spiel von Wind und Wetter überlassen. Der Betrieb der Bahn selbst war durch kein äußeres ungewöhnliches und unvorhersehbares Ereignis gestört. Höhere Gewalt lag daher nicht vor (RGZ. 95, 64, 65 = JW. 1919, 38; RGZ. 101, 94; HöchstRRspr. 1935 Nr. 122). Abgesehen von höherer Gewalt ist im § 1 RHaftpflG. die Entlastung der Bekl. auf Grund eines unabwendbaren Ereignisses nicht vorgesehen (anders § 7 Abs. 2 KraftfG.).

Die Rev. sucht darzulegen, daß der Unfall auf das grobfahrlässige Verhalten des Verunglückten allein zurückzuführen sei. Nach der Feststellung des BG. hat die Lokomotive dauernd Wasserdampf aus dem Schornstein gestoßen, der sich bei dem feuchten Wetter nicht verflüchtete, sondern durch den Wind in bald dichteren bald lockeren Wellen auf die Straße gedrückt wurde. Auch die Rev. nimmt an, daß der Vater der Kl. in eine undurchsichtige Dampfwolke hineingefahren und darauf der Zusammenstoß erfolgt sei. Danach hat das BG. mit Recht angenommen, das der Betrieb der Bekl. eine Ursache für den Unfall gesetzt hat. Die Bekl. hatte an sich keinen Anspruch darauf, daß der Fahrverkehr auf der ihrer Verfügung nicht unterstehenden öffentlichen Straße so lange völlig stillgelegt werde, bis sich der Dampf verzogen haben würde. Die Schadensteilung zwischen den Kl. und der Bekl. beruht im wesentlichen auf tatsächlichen Erwägungen. Die Abwägung der erhöhten Betriebsgefahr der Bekl. gegen die Betriebsgefahr des Kraftwagens und das Verschulden seines Führers läßt keinen Rechtsirrtum erkennen (§ 17 Abs. 1 und 2 KraftfG.).

(U. v. 30. März 1936; VI 406/35. — Hamm.) [Hn.]

*

**21.** VO. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918 (RGBl. 1918, 123). Die Bestellung eines Kohlenabbaurechts an einem Bauerngut fällt nicht unter § 1 VO. v. 15. März 1918 und bedarf daher zur Wirksamkeit nicht der behördlichen Genehmigung. Auch der Vorvertrag, jederzeit die zu Zwecken des Bergbaubetriebes erforderlichen Grundstücksflächen über der zu gewinnenden Kohle zu ortsüblichen Preisen zu erwerben, unterliegt nicht dem Genehmigungszwang.

Durch notar. Vertrag v. 25. Sept. 1923 bestellte der Kl. der Bekl. an seinem Bauerngut von etwa 13 ha Größe ein Kohlenabbaurecht. Dieses wurde für die Bekl. im Grundbuch eingetragen. Der Kl. begehrte Feststellung, daß der Bekl. das Kohlenabbaurecht nicht zustehe.

Nachdem das LG. die Klage abgewiesen hatte, brachte der Kl. im zweiten Rechtszuge vor, die Bestellung des Abbaurechts habe behördlicher Genehmigung auf Grund der Bek. über den Verkehr mit landw. Grundstücken v. 15. März 1918 bedurft. Er beantragte, die Bekl. zur Einwilligung in die Löschung des für sie im Grundbuch eingetragenen Abbaurechts zu verurteilen.

Die Bekl. beantragte Zurückweisung der Berufung und außerdem mit der unter Zustimmung des Kl. erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage, festzustellen, daß der zwischen den Parteien am 25. Sept. 1923 abgeschlossene Vertrag nicht deshalb unwirksam sei, weil er der landrätlichen Genehmigung bedurft habe.

Das BG. hat durch Teilurteil nach diesem letzteren Antrage erkannt.

Die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungswiderklage ist von Amts wegen zu prüfen. Das BG. hat mit Recht die in § 280 ZPO. festgelegten Voraussetzungen für eine solche Klage für gegeben erachtet. Es handelt sich hier um die Beurteilung einer bestimmten zwischen den Parteien begründeten Rechtsbeziehung, nicht etwa nur um die Entsch. einer Rechtsfrage ohne zugrunde liegenden greifbaren Sachverhalt. Die Entsch. des vom Kl. geltend gemachten Hauptanspruchs, daß der Bekl. das in Anspruch genommene Abbaurecht nicht zustehe, hängt, außer von anderem, auch davon ab, ob der Vertrag zu seiner Gültigkeit behördlicher Genehmigung bedurfte oder nicht. Andererseits würde die auf das Klagebegehren zu erlassende Entsch. nicht notwendig eine in Rechtskraft übergehende Beantwortung dieser unter den Parteien strittigen Frage enthalten (vgl. RGZ. 144, 59 = JW. 1934, 1415 [7] m. Anm.). Gerade in diesem Falle ist die Erhebung der Feststellungswiderklage keine überflüssige Prozeßhandlung, sondern war sie dienlich zu einer zweckmäßigen Abwicklung des Rechtsstreits. Darauf, daß der Kl. sich mit ihrer Erhebung einverstanden erklärt hat, kommt es nicht an; denn das könnte etwa fehlende Prozeßvoraussetzungen nicht ersetzen.

Auch in der sachlich-rechtlichen Beurteilung ist dem BG. zuzustimmen. Nach § 1 VO. v. 15. März 1918 (RGBl. 123) bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der behördlichen Genehmigung:

1. die Auflassung eines Grundstücks, das größer als 5 ha ist;
2. die Bestellung eines dinglichen Rechts zum Genusse der Erzeugnisse eines solchen Grundstücks;
3. jede Vereinbarung, welche den Genuß solcher Erzeugnisse zum Gegenstand hat;
4. jede Vereinbarung, welche die Verpflichtung zur Übereignung eines solchen Grundstücks zum Gegenstande hat.

Keiner dieser Fälle liegt hier vor.

1. In der Beurkundung v. 25. Sept. 1923 ist eine Auflassung des Kohlenabbaurechts enthalten. Dieses ist aber kein Grundstück. Die VO. v. 15. März 1918 verwendet hier den allgemeinen Rechtsbegriff eines „Grundstücks“. Darunter ist ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche zu verstehen. Die Kohlenabbaugerechtigkeit ist das vom Eigentum am Grundstück losgelöste Recht auf Gewinnung der im Erdraum des Grundstücks ruhenden Kohle. Sie ist aus dem Eigentum am Grundstück abgeleitet. Nach § 5 Ges. vom 22. Febr. 1869 (i. d. Fass. des Art. 38 PrAGBGB.) gelten für sie die sich auf Grundstücke beziehende Vorschriften des BGB. Aber sie ist doch nicht selbst ein Grundstück, sondern lediglich ein abgespaltener Teil aus dem Recht des Grundstückseigentümers. Somit trifft die wörtliche Umschreibung „Auflassung eines Grundstücks“ nicht die Bestellung eines Kohlenabbaurechts.

Eine Einbeziehung dieses unter die VO. v. 15. März 1918 würde aber auch nicht deren Zweck entsprechen. Dieser ging dahin, zur Förderung der Volksernährung landwirtschaftlich zu nutzende Grundstücke in sachverständiger Bewirtschaftung zu erhalten. Die Gewinnung unterirdischer Bodenbestandteile liegt jedoch außerhalb der landwirtschaftlichen Fruchtziehung. Ist zwar das Genehmigungserfordernis der VO. nicht eng aufzufassen und sind Fälle, wo anderenfalls eine Umgehung stattfinden würde, darunter zu begreifen (vgl. RGZ. 113, 163 = JW. 1926, 1664 [4]; JW. 1931, 3439 [8]), so muß doch die Anwendung immer dem Zweck der VO. entsprechen, was aber bei einem Kohlenabbaurecht nicht der Fall ist. Dabei kann auch nicht darauf abgestellt werden, ob im Einzelfall der Abbau voraussichtlich die landwirtschaftliche Benutzung des Grundstücks beeinträchtigen wird. Mag zwar diese Möglichkeit bestehen, so wird dadurch doch nicht das Abbaurecht zu einem Grundstück i. S. der VO. Eine andere, unten zu behandelnde Frage ist, ob die im Vertrage enthaltene Vereinbarung über die Inanspruchnahme der Erdoberfläche selbst der Genehmigung bedarf. Für die Auflassung des Abbaurechts als solchem ist das nicht der Fall.

2. Der Abbauberechtigte hat ein dingliches Recht zur Gewinnung von Bodenbestandteilen. Diese sind aber keine „Erzeugnisse des Grundstücks“, von denen in § 1 VO. vom 15. März 1918 die Rede ist. In der Sprache des BGB. werden unterschieden die Erzeugnisse einer Sache und die sonstige Ausbeute, die aus der Sache bestimmungsgemäß gewonnen wird. Beide zusammengenommen werden als Früchte der Sache bezeichnet (§ 99 BGB.). Im Bergbau geförderte Bodenbestandteile sind aber auch dem sonstigen Sprachgebrauch nach zwar Ausbeute aus dem Grundstück, nicht jedoch Erzeugnisse dieses, d. h. Gegenstände, die immer wieder durch die Kräfte des Bodens und der Natur neu entstehen und dann aufs neue geerntet werden können. Nichts spricht dafür, den Begriff „Erzeugnisse eines Grundstücks“ in der VO. v. 15. März 1918 weiter zu fassen. Im Gegenteil war, wie schon hervorgehoben, ihr ausgesprochener Zweck die Erhaltung der l a n d w i r t s c h a f t l i c h e n Erzeugung. Auch hier gilt das schon zu 1 Hervorgehobene, daß allein die Möglichkeit einer Beeinflussung der landwirtschaftlich genutzten Fläche durch den Abbau nicht die Notwendigkeit einer Genehmigung herbeizuführen vermag.

3. Eben diese Gründe treffen für die Verneinung dessen zu, daß in dem Verkauf und der Bestellung des Abbaurechts eine Vereinbarung liege, die den Genuß der Erzeugnisse eines Grundstücks zum Gegenstande hat. Der Abbauberechtigte soll das Unterirdische des Grundstücks ausbeuten, aber nicht dessen Erzeugnisse gewinnen.

4. In § 5 des Vertr. wird das Recht der Bekl. oder einer Rechtsnachfolgerin festgelegt, jederzeit die zu Zwecken des Bergbaubetriebs erforderlichen Grundstücksflächen über der zu gewinnenden Kohle zu ortsüblichen Preisen zu erwerben. Darin liegt die Verpflichtung des Kl. zum Verkauf und zu der daraus folgenden Eigentumsübertragung inbegriffen. Es handelt sich also um einen V o r v e r t r a g, der die Bindung des Kl. enthält, einen Kaufvertrag zu einem noch festzusetzenden Preise über eine Fläche, deren Größe gleichfalls noch zu bestimmen ist, auf Wunsch der Bekl. oder eines Rechtsnachfolgers abzuschließen, wobei der Kaufgegenstand möglicherweise über 5 ha groß sein wird. Ein so gestalteter Vorvertrag ist noch nicht einmal ein „Offertvertrag“; er hat noch nicht die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks von bestimmter Größe zum Gegenstande, sondern nur die Bindung zum späteren Abschluß eines Vertrags, der eine Verpflichtung zur Grundstücksübertragung enthalten soll, dessen Gestaltung aber sowohl im Kaufgegenstande, wie im Preis noch unbestimmt ist. Den Zwecken der VO. v. 15. März 1918 würde es widersprechen, wenn man einen Vorvertrag dieses Inhalts dem Genehmigungszwange unterwerfen wollte. Denn der Vorvertrag für sich kann die landwirtschaftliche Erzeugung nicht beeinträchtigen, und eine Prüfung dessen, ob der später möglicherweise zu schließende Kaufvertrag das tun wird, kann nicht stattfinden, weil dessen Inhalt in keiner Weise feststeht, nicht einmal in der Richtung, ob er überhaupt eine Fläche von mehr als 5 ha Größe umfassen wird. Ebensowenig besteht ein Bedürfnis, den Abschluß eines Vorvertrags dieser Art behördlicher Prüfung zu unterstellen. Eine solche mag später einsetzen, wenn der Verkauf eines mehr als 5 ha großen Grundstücks stattfinden wird. Alsdann ist zur rechten Zeit Gelegenheit gegeben, die volkswirtschaftlichen Belange unter Beobachtung der erst dann ersichtlichen Vertragsgestaltung zu wahren.

(U. v. 27. März 1936; V 226/35. — Naumburg.) [v. B.]

*

**22.** I. §§ 115, 124 ZwVerstG. Hat der Versteigerungsrichter eine Hauptzuteilung und eine Ersatzverteilung des Erlöses vorgenommen, so ist, falls ein Widerspruch gegen die Hauptzuteilung durchdringt, die von dem Versteigerungsrichter vorgenommene Ersatzverteilung maßgebend. Diese kann zwar ebenfalls auf Grund des gegen die Hauptzuteilung erhobenen Widerspruches im Widerspruchsprozeß angefochten werden; ist jedoch die Ersatzzuteilung an dritte Personen erfolgt, so muß die Klage auch gegen diese gerichtet werden.

II. § 883 BGB. Die durch eine Löschungsvormerkung bezüglich einer Hypothek Begünstigten haben lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch darauf, daß der Eigentümer das Recht aus der Eigentümergrundschuld aufgibt. Die Vormerkung verleiht nur diesem schuldrechtlichen Anspruch Wirksamkeit Dritten gegenüber. Hierauf hat im Versteigerungsverfahren der Versteigerungsrichter bei der Verteilung des Versteigerungserlöses Rücksicht zu nehmen.

III. § 30 Nr. 2 KO. Die Darlegungspflicht dafür, daß eine inkongruente Deckung vorliegt, trägt der Konkursverwalter.

(U. v. 22. Jan. 1936; V 129/35. — Hamm.) [v. B.]

*

**23.** §§ 6 Abs. 2, 59 Ziff. 1 u. 3, 82 KO.; § 23 Abs. 1 Satz 2 ZwVerstG. Zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Konkursmasse gehört es, daß der Konkursverwalter bei der Verwertung der Masse auf die Absonderungsrechte Rücksicht nimmt, die an Gegenständen der Masse bestehen, und daß er solche Gegenstände nicht dadurch für die Konkursgläubiger verwertet, daß er den Erlös zur Masse zieht. Er würde sonst dieser Werte zuführen, die nicht ihr, sondern den Absonderungsberechtigten zukommen, und dadurch die Masse auf Kosten der Absonderungsberechtigten rechtlos bereichern. Hierdurch würde diesen Gläubigern, soweit sie infolgedessen bei der Zwangsversteigerung einen Ausfall erleiden, ein Masseanspruch sowohl nach § 59 Ziff. 3 als auch Ziff. 1 KO. erwachsen neben einem persönlichen Anspruch gegen den Konkursverwalter aus § 82 KO.

(U. v. 15. Jan. 1936; V 135/35. — Dresden.) [v. B.]

*

**24.** § 4 HinterlO. v. 21. April 1913; §§ 6 ff. AusfVorschr. z. HinterlO. v. 5. Febr. 1914; § 376 BGB.; § 152 ZwVerstG. Es ist zulässig, den formularmäßigen Hinterlegungsantrag auszulegen und ihn, wenn er nicht diejenigen Angaben enthält, die ein gleichzeitiger, allen Erfordernissen entsprechender, jedoch formloser Antrag aufweist, aus diesem zu ergänzen. Trotz der Bestimmung des § 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB. hat der hinterlegende Schuldner nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einen Anspruch auf die hinterlegte Summe, wenn er nachweist, daß der Gläubiger, für den er hinterlegt hat, kein Recht auf die hinterlegte Summe hat. Auch wenn die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen ist, ist der Zwangsverwalter befugt, sie an Stelle des Eigentümers in Empfang zu nehmen und sie zur Wiederherstellung oder, wenn diese nicht mehr möglich ist, zur Befriedigung der Hypothekengläubiger zu verwenden (§ 1127 Abs. 1 BGB., §§ 146 ff., 20 Abs. 2, 152 ZwVerstG.).

(U. v. 28. Jan. 1936; VII 162/35. — Berlin.) [R.]

*

**25.** § 13 GVG. Der aus einem privatrechtlichen Verzicht hergeleitete Einwand gegen die Heranziehung zu Straßenbaukosten ist nur im Verwaltungswege geltend zu machen. Ist aber in einem bürgerlich-rechtlichen Vertrage, der das Besteuerungsrecht als solches unberührt läßt, eine bestimmte Behandlung der Erträge der Finanzhoheit festgelegt worden, so ist für Ansprüche aus diesem Vertrage der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Dem BerR. ist darin beizustimmen, daß auch der aus einem privatrechtlichen Verzicht hergeleitete Einwand gegen die Heranziehung zu Straßenbaukosten im Verwaltungswege geltend zu machen ist, und daß daneben die Möglichkeit seiner Geltendmachung vor den ordentlichen Gerichten nicht besteht. Eine Klage auf Rückzahlung gezahlter Straßenbaukosten mit der Begründung, sie seien zu Unrecht erhoben, kann nicht dadurch, daß sie in das Gewand eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung gekleidet wird, dem Rechtsweg zugänglich gemacht werden. Denn dabei wäre unmittelbar über die öffentlich-rechtliche Frage zu entscheiden, ob die Straßenbaukosten erhoben werden durften oder nicht. Der BerR. übersieht aber, daß über diese Beträge ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden kann, der das Besteuerungsrecht selbst unangetastet läßt und sich nur auf die Erträge der Finanzhoheit bezieht, und daß Rechte aus einem solchen Vertrage, da es sich um Ansprüche des bürgerlichen Rechts handelt, im Rechtswege geltend gemacht werden können (JW. 1931, 2289 = RGZ. 132, 225; JW. 1935, 2945[1] = RGZ. 148, 101; RGUrt. v. 15. Nov. 1935, VII 136/35: JW. 1936, 824[41]).

Die Kl. hat ihre Klage auf den Vertrag ihrer Rechtsvorgängerin mit der Landgemeinde C., der Rechtsvorgängerin der Bekl., v. 22. März 1924 gestützt. In dem Vertrage übernahm die Gemeinde die Verpflichtung zur Freistellung von Straßenanliegerkosten, welche die Rechtsvorgängerin der Kl. Grundstückskäufern gegenüber übernommen hatte, erhielt dafür verschiedene Grundstücke und wurde aus der Verpflichtung, zwei Alleen auszubauen, entlassen; dagegen übernahm die Gemeinde die Verpflichtung, innerhalb eines Jahres die H.straße gebrauchs- und anbaufertig wiederherzustellen. Alle Ansprüche aus diesem Vertrage gehören dem bürgerlichen Rechte an. Die Kl. will aus ihm die Verpflichtung der Landgemeinde C. und jetzt der Bekl., Stadtgemeinde, herleiten, die H.straße auf ihre Kosten gebrauchs- und anbaufertig herzustellen, und demzufolge ihrer damaligen Vertragsgegnerin, und nach erfolgter Abtretung der Kl., diejenigen Beträge zu erstatten, die diese unmittelbar oder mittelbar für die Straßenherstellung habe zahlen müssen. Ob eine solche Verpflichtung der Bekl. aus dem Vertrage hergeleitet werden kann, braucht hier, wo es sich nur um die Zulässigkeit des Rechtsweges handelt, nicht erörtert zu werden, wird vielmehr erst zu prüfen sein, wenn über die Berechtigung des den Klagegrund bildenden Anspruchs sachlich entschieden werden wird. Der Rechtsweg für den geltend gemachten Anspruch ist jedenfalls zulässig, da sich die Klage auf einen privatrechtlichen Vertrag stützt, der das Besteuerungsrecht der Bekl. nicht berührt.

(U. v. 25. Febr. 1936; VII 227/35. — Breslau.) [L.]

*

**26. § 13 GVG. Zulässigkeit des Rechtsweges. Einfluß der Einführung des Schlachthofzwanges auf die Ansprüche eines Arztes, der dienstvertraglich gegenüber der Stadtgemeinde die Fleischbeschauung übernommen hat. Die Entscheidung über die Frage, ob die Stadtgemeinde ihre Verwaltungsanordnung (Schlachthofzwang), deren Rechtmäßigkeit das ordentliche Gericht nicht nachprüfen kann, auf Grund und im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen ihr und dem Arzte diesem gegenüber zu vertreten hat, steht den ordentlichen Gerichten zu.**

Der Kl., Dr. med. vet. und Tierarzt, ist im Febr. 1921 von der Gemeinde B. zum Fleisch- und Trichinenbeschauer bestellt worden. Ein Beamtenverhältnis wurde dabei nicht begründet. Es wurde aber vereinbart, daß die Gemeinde B. zur Kündigung nur aus einem in der Person des Kl. liegenden wichtigen Grunde berechtigt sein und der Kl. als Entgelt für seine Dienstleistungen die von den Tierbesitzern zu erhebenden Gebühren erhalten sollte. Im Frühjahr 1921 wurde die Gemeinde B. in die bekl. Stadtgemeinde D. eingemeindet. In den Eingemeindungsvertrag wurde die dem Kl. zugesicherte Kündigungsbeschränkung aufgenommen. Der Kl. übte auch nach der Eingemeindung die Fleisch- und Trichinenbeschau für die Bekl. bis Ende März 1931 aus.

Mit Wirkung vom 1. April 1931 ordnete die Bekl. an, daß die Fleischermeister von B. ihre sämtlichen Schlachtungen auf dem Schlachthof der bekl. Stadtgemeinde D. vorzunehmen hätten. Damit entfiel in dem Bezirk des Kl. die Fleisch- und Trichinenbeschau. Für den sich hieraus ergebenden Verdienstausfall verlangt der Kl. von der Bekl. die Zahlung von 7000 *RM*. Er macht geltend, daß die Bekl. als Rechtsnachfolgerin der Gemeinde B. an die Kündigungsbeschränkung gebunden und mangels eines in seiner Person liegenden Grundes zur Aufhebung des Vertrages nicht berechtigt gewesen sei. Die Bekl. verweigere seit dem 1. April 1931 seine Weiterbeschäftigung, zu der er bereit sei. Er sei daher berechtigt, von der Bekl. weiterhin die Vergütung zu fordern, die ihm bei Ausübung seiner Tätigkeit als Fleisch- und Trichinenbeschauer von B. zustehen würde. Er berechnet sie nach einem Durchschnitt der Jahre vom 1. Jan. 1928 bis 31. Dez. 1930. Die Bekl. beantragt die Abweisung der Klage und wendet in erster Linie die Unzulässigkeit des Rechtswegs ein.

Das BG. verneint die Zulässigkeit des Rechtswegs, indem es annimmt, Gegenstand des Rechtsstreits sei lediglich die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der als Verwaltungsmaßnahme zu erachtenden Einführung des Schlachthofzwanges, und es stehe daher lediglich ein dem öffentlichen Recht angehörender Streit zur Beurteilung.

Der Rev. ist zuzugeben, daß diese Betrachtungsweise des BG. dem Klagevorbringen nicht gerecht wird. Danach ist die Klage darauf gestützt, daß die Rechtsvorgängerin der Bekl. mit dem Kl. im Zusammenhange mit seiner Bestellung zum Fleisch- und Trichinenbeschauer für den Bezirk B. einen Dienstvertrag geschlossen habe, der ihm für die von ihm vorzunehmenden Dienstleistungen eine in bestimmter Weise zu gewährende Vergütung zugebilligt habe, nur aus einem in seiner Person liegenden wichtigen Grunde habe gekündigt werden dürfen und auch für die Bekl. rechtlich verpflichtend geworden sei. Es wird weiter geltend gemacht, die Bekl. habe dem Kl. durch die Einführung des Schlachthofzwanges seine Tätigkeit und den daraus fließenden Verdienst genommen. Das sei angesichts des noch bestehenden Vertrages — für eine Kündigung hätte es an der vereinbarten Voraussetzung gefehlt — eine Verweigerung seiner Weiterbeschäftigung und mit den vertraglichen Pflichten der Bekl. nicht vereinbar, so daß der Kl. berechtigt sei, die ihm zustehende Vergütung weiter zu verlangen.

Es wird hiernach in erster Linie darauf anzukommen haben, ob der von dem Kl. behauptete bürgerlich-rechtliche Vertrag zwischen den Parteien bestanden hat oder nicht. Daß der Streit hierüber bürgerlich-rechtlicher Natur und von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist, steht außer Zweifel. Der Fall liegt auch nicht so, daß etwa von vornherein zwischen den Parteien nur ein öffentlich-rechtliches Verhältnis bestanden haben könnte, das die Beschreitung des Rechtswegs ausschlösse. Das BG. hat zwar die Beamteneigenschaft des Kl. verneint, so daß darauf die Ansprüche und damit die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht gegründet sein können. Im übrigen ist aber in dem angef. Urt. die rechtliche Beurteilung zu diesem Punkte ausdrücklich offen geblieben. Daß auch ein bürgerlich-rechtlicher Dienstvertrag in solchen Fällen rechtlich möglich ist, dafür verweist die Rev. zutreffend auf das Urt. des RArbG. v. 23. März 1935 (RArbG. 15, 52 ff.).

Das Klagevorbringen ergibt weiter, daß der Kl. seinen Anspruch auf eine der vereinbarten Vergütung entsprechende Zahlung auf der Grundlage des behaupteten Dienstvertrages geltend macht. Allerdings läßt es nicht sicher erkennen, wie dieser Zahlungsanspruch rechtlich im einzelnen näher begründet werden soll, ob unter dem Gesichtspunkte des Verzugs (§ 615 BGB.) oder der von der Bekl. zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung (§§ 323 ff. BGB.) oder der sog. positiven Vertragsverletzung (§ 276 BGB.). Unter den obwaltenden Umständen wird aber durch diese Unklarheit die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ebensowenig berührt wie dadurch, daß es für die Entscheidung praktisch wenigstens darauf ankommen wird, welchen Einfluß die Einführung des Schlachthofzwanges auf die Ansprüche des Kl. aus dem Vertrage gehabt hat oder hat. Diese letztere Frage deckt sich nicht mit der Frage nach der Rechtmäßigkeit der erwähnten Verwaltungsmaßnahme, die das ordentliche Gericht freilich nicht nachprüfen kann, sofern nicht einer der in dem angef. Urt. verneinten besonderen Fälle vorliegt. Denn es wäre denkbar, daß die Bekl., was der Tatrichter zu untersuchen haben wird, ihre an sich rechtmäßig erlassene Verwaltungsanordnung auf Grund und im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien — etwa im Hinblick auf die vereinbarte Beschränkung der Kündigung — dem Kl. gegenüber vertreten müßte. In jedem Falle steht die Entscheidung auch hierüber dem ordentlichen Gerichte zu.

Der Natur des Klageanspruchs nach handelt es sich daher um eine **bürgerliche** Rechtsstreitigkeit, für die der Rechtsweg mangels einer abweichenden Bestimmung zulässig ist. Über diese Frage konnte das RevG., obgleich die zuständige sächs. Verwaltungsbehörde die Sache nach Maßgabe des sächs. Gesetzes, die Entscheidung über Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten betreffend, v. 3. März 1879 (GVBl. 65) für die Verwaltung in Anspruch genommen hat, bindend entscheiden. In dieser Hinsicht ergibt sich auch aus der VO. über die Behörden zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten v. 27. März 1935 (RGBl. I, 492) keine andere Beurteilung, da diese VO. ersichtlich nur den Zweck verfolgt, nach der vollzogenen Überleitung der Rechtspflege auf das Reich für die Erhebung von Kompetenzkonflikten den bisherigen Rechtszustand bis auf weiteres aufrechtzuerhalten.

(U. v. 6. März 1936; III 190/35. — Dresden.) [v. B.]

*

**27. § 212a ZPO. Gegenüber dem Beweis durch das Empfangsbekenntnis des RA. ist der Gegenbeweis zulässig, daß der Empfang zu anderer als der bescheinigten Zeit, besonders auch früher erfolgt ist.**

Die Frist zur Begr. der Ber. wurde zunächst durch Vfg. des Vorsitzenden v. 11. Jan. 1936 bis zum 17. Febr. und dann auf den Antrag v. 13. Febr. durch Vfg. v. 14. Febr. bis zum 17. März verlängert. Über den Empfang einer Ausfertigung dieser Vfg. hat RA. F. am 18. Febr. eine Bescheinigung ausgestellt. Auf sein weiteres Gesuch v. 10. März verlängerte der Vorsitzende die Frist bis zum 17. Mai. RA. F. begründete mit Schriftsatz v. 17. April die Ber. und stellte gleichzeitig den Antrag, den Bekl. wegen der Versäumung der Berufungsfrist in den vorigen Stand wieder einzusetzen. In erster Reihe aber vertrat er den Standpunkt, die zweite Vfg., durch welche die

Frist bis zum 17. März verlängert sei, sei ihm rechtzeitig dadurch mitgeteilt, daß am 15. Febr. seinem von ihm damit beauftragten Bürovorsteher von der Geschäftsstelle des BG. auf Fernrufanfrage mitgeteilt sei, die Verlängerung sei erfolgt, was der Bürovorsteher ihm sofort gemeldet habe, und daß auch die Ausfertigung der Verlängerungsverfügung in das für die Abholung durch ihn oder seinen Beauftragten beim BG. eingerichtete Fach gelegt sei.

Durch Beschl. v. 23. April 1936 verwarf das BG. die Ber. als unzulässig und begründete das so: die zweite Fristverlängerung hätte spätestens am 17. Febr. zugestellt sein müssen, um wirksam zu sein. Das sei nicht geschehen, da die fernmündliche Mitteilung dazu nicht ausreiche. Der Wiedereinsetzungsantrag sei verspätet, da RA. J. aus der Zustellung am 18. Febr. den Fristablauf habe ersehen können und dann in der Frist von zwei Wochen den Wiedereinsetzungsantrag hätte stellen und die Ber. hätte begründen müssen.

Die Beschw. ist begründet.

Zutreffend geht das BG. davon aus, daß die Verlängerungsverfügung v. 14. Febr. nur rechtswirksam war, wenn sie vor dem Ablauf der vorher schon einmal verlängerten Frist, also vor dem Ablauf des 17. Febr., ordnungsmäßig dem RA. J. mitgeteilt war. Da die Vfg. nicht verkündet war und eine Frist in Lauf setzte, bedurfte sie nach § 329 Abs. 3 ZPO. der Zustellung. Für diese war hier der Weg des § 212a ZPO. gewählt worden. Es genügte also zum Nachweis der Zustellung das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntnis des Anwalts. Dieses ist unstreitig erst am 18. Febr. ausgestellt worden. Es fragt sich also, ob trotzdem die Mitteilung ordnungsmäßig erfolgt ist. Die Rspr. zu den in Betracht kommenden Fragen, insbes. auch die des RG., ist keineswegs einheitlich. Nicht gefolgt werden kann der Rspr., die in Übereinstimmung mit Stein-Jonas, Bem. II zu § 224 und Bem. III 2b zu § 329 ZPO. in der Verlängerungsverfügung zwei gesonderte und nur zusammengefaßte Entsch. erblickt, nämlich 1. die Aufhebung der alten Fristbestimmung, 2. ihre Verlängerung, und nur für die zweite die Zustellung für erforderlich hält, nicht aber für die erste, für diese vielmehr nur eine Kundgebung nach außen — so zuerst der 4. ZivSen. in IV B 24/34 v. 7. Mai 1934 (RGZ. 144, 257 f. = JW. 1934, 1971[11]) — dann RArbG. 14, 220. Die Entsch. des 3. ZivSen. III B 1/36 v. 31. Jan. 1936 = JW. 1936, 1293[11] erwähnt diese Unterscheidung, macht sie aber nicht zur Grundlage der Entsch. In Abweichung von diesen Entsch. hat sich der 5. ZivSen. in seinem Urteil V 224/35 v. 11. März 1936 (RGZ. 150, 357) auf den Standpunkt gestellt, daß eine solche Unterscheidung nicht angängig sei. Der 6. ZivSen. schließt sich diesem Standpunkt an. Dem Wortlaut und dem Gedanken des Gesetzes ist eine solche Unterscheidung nicht zu entnehmen. Es kennt nur eine Verlängerung der gesetzlichen oder vom Richter gesetzten Fristen (§§ 224, 519 ZPO.), nicht aber eine Aufhebung. Der Richter kann eine Frist nicht einfach aufheben, ohne sie zu verlängern. Beides gehört unmittelbar zusammen und kann nicht getrennt behandelt werden. Nach den Entsch. II B 12/35 vom 20. Dez. 1935 (JW. 1936, 926[14]) und Urteil IV 290/35 vom 19. März 1936 (JW. 1936, 1907[15]), ist die Zustellung von Anwalt zu Anwalt bereits dann vollzogen, wenn der empfangende Anwalt von dem Zugehen des zuzustellenden Schriftstücks erfahren und sich erkennbar entschlossen hat, das Schriftstück zu behalten und den Empfang zu bestätigen. Die Empfangsbescheinigung ist nach § 212a ZPO. zum Nachweis einer ordnungsmäßigen Zustellung bestimmt. Aber gegenüber dem Beweis durch die Bescheinigung ist der Gegenbeweis zulässig, daß der Empfang zu anderer als der bescheinigten Zeit, besonders auch bereits früher, erfolgt ist. Die amtliche Zustellung an den Anwalt gem. § 212a ZPO. muß denselben Grundsätzen unterstellt werden. Dann aber muß nach der besonderen Lage des Falles der Zugang der Vfg. an RA. J. als vor Ablauf des 17. Febr. erfolgt erachtet werden. Wie der Vermerk der Geschäftsstelle des BG. unter der Vfg. des Vorsitzenden vom 14. Febr. 1936 ergibt, ist die Ausfertigung dem Gerichtswachtmeister zur Zustellung an den Anwalt am 15. Febr. übergeben worden. Der Äußerung der Geschäftsstelle v. 5. Mai 1935 ist zu entnehmen, daß der Wachtmeister die Ausfertigung noch am 15. Febr. in das für den RA. J. eingerichtete Fach zum Zwecke der Zustellung gelegt hat. Wie es dann gekommen ist, daß RA. J., der nach seiner Angabe die in seinem Fach befindlichen Sachen täglich abholen läßt, erst am 18. Febr. den Eingang bestätigt hat, ist nicht aufgeklärt. Nun ist weiter, wie die Angaben des RA. J. und der Geschäftsstelle ergeben, bereits am 15. Febr. dem Bürovorsteher auf seine fernmündliche Anfrage von dem ihm bekannten Beamten der Geschäftsstelle mitgeteilt worden, die Frist sei entsprechend dem Antrage verlängert worden, die schriftliche Bestätigung gehe dem Prozeßbevollmächtigten zu. Damit wußte RA. J., daß die Ausfertigung der Vfg. in sein Fach gelegt sei oder alsbald gelegt werde. Daß er diese Vfg. abholen zu lassen, sie zu behalten und ihren Zugang zu bestätigen alsbald entschlossen war, kann nach der Sachlage nicht zweifelhaft sein. Nachdem die Ausfertigung in das Fach gelegt und dem RA. entsprechende Mitteilung gemacht war, befand sie sich in seiner Gewalt. Ist der Vermerk über das Ferngespräch auch erst nachträglich von der Geschäftsstelle gemacht worden, so muß doch das für ausreichend erachtet werden, um die maßgebenden Vorgänge in erkennbarer Weise sicherzustellen. Aus diesen Erwägungen ist daher festzustellen, daß die Vfg. des Vorsitzenden v. 14. Febr. vor Ablauf des 17. Febr. dem RA. J. zugestellt worden ist. Wenn das RG. früher in ähnlichen Fällen einen anderen Standpunkt eingenommen hat, so liegt einmal der vorl. Fall noch ganz besonders. Es kann insoweit dem früheren strengeren Standpunkt (vgl. besonders RGZ. 109, 341 und 147, 313 = JW. 1935, 2284[19]; JW. 1927, 1481) nicht mehr beigetreten werden.

(Beschl. v. 25. Mai 1936; VI B 8/36. — Königsberg.) [Hn.]

*

**28.** § 233 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. — Im allgemeinen ist die Einreichung eines Armenrechtsgesuches am sechsten Tage vor Ablauf einer Frist als rechtzeitig anzusehen. Eine feste Regel dafür, daß auch der vierte Tag vor Ablauf der Frist genüge, läßt sich nicht aufstellen.

Nach § 233 Abs. 1 ZPO. kann die Wiedereinsetzung nur erteilt werden, wenn die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle in der Einhaltung der Frist verhindert worden ist. Eine arme Partei ist allerdings, bevor ihr ein Pflichtanwalt zugeordnet ist, außerstande, von sich aus der Berufungsfrist durch Einlegung des Rechtsmittels zu genügen. Sie ist aber in der Lage, die Folgen ihres Unvermögens durch Inanspruchnahme des Armenrechts abzuwenden. Grundsätzlich hat sie das so frühzeitig zu tun, daß bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang und beschleunigter Behandlung der Sache die Entsch. über das Gesuch, die Bek. des Beschl. an den Pflichtanwalt und die Einreichung der Berufungsschrift noch vor Ablauf der Berufungsfrist erfolgen kann. Die hierbei zu stellenden Anforderungen dürfen allerdings nicht dazu führen, der armen Partei die Zeit zur Überlegung, ob sie das ungünstige Urt. mit Erfolg werde anfechten können, unbillig zu verkürzen (RGUrt. v. 3. Jan. 1930, III 126/29: JurRdsch. 1930 Nr. 651). Welche Fristen hiernach in Anwendung zu bringen sind, läßt sich ein für allemal nicht festlegen. Immerhin neigt die Rspr. des RG. aus neuerer Zeit dazu, für den Eingang des Gesuchs gemeinhin keinen früheren Zeitpunkt als den sechsten Tag vor dem Ablauftage der Frist zu verlangen, so in III 154/30 v. 27. Febr. 1931 (JW. 1931, 1789[2]), IX B 6/32 v. 3. Febr. 1932 (JW. 1932, 1146[16]) und — für einfach liegende Sachen — in II B 7/35 v. 5. Juli 1935 (JW. 1935, 3308[15]). Ob aber ein Eingang am vierten Vortage — wie im gegenwärtigen Falle — noch als frühzeitig genug angesehen werden kann, dafür läßt sich eine feste Regel nicht aufstellen. Die Beurteilung kann vielmehr nur nach den Umständen des Einzelfalls erfolgen.

Hier konnte das Armenrechtsgesuch wegen seines Eingangs am vierten Vortage eine rechtzeitige Rechtsmitteleinlegung nicht mehr herbeiführen.

(Beschl. v. 9. Juni 1936; III B 4/36. — Breslau.) [L.]

## Ehrengerichtshof der Reichsrechtsanwaltskammer

**29.** § 28 RAO. Unzulässige Ausübung des Anwaltsberufs unter Zwischenschaltung einer GmbH. zwischen den Anwalt und seine Auftraggeber.

Der Angekl. ist vom Ehrengericht mit der Strafe der Warnung belegt worden. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Der Angekl. ist seit 1928 alleiniger Inhaber der Geschäftsanteile der GmbH. Steuersyndikat für Handel usw. in X. Die GmbH. hat sich nach ihrem Arbeitsplan u. a. zur Aufgabe gemacht, ihren Kunden sachgemäße Beratung in allen vorkommenden Steuerangelegenheiten zu erteilen, die Vertretung in Steuerangelegenheiten und in Strafsachen vor den ordentlichen oder Verwaltungsgerichten sowie vor dem RFH. zu übernehmen, Auskunft in allen sonstigen Rechtsangelegenheiten zu erteilen und Prozesse zu übernehmen, Prozeßunterlagen zu prüfen und gerichtliche Gebühren nachzuprüfen. Die Gesellschaft hat zwei Geschäftsführer, ungefähr 40 Angestellte, darunter 3 Werber, und unterhält in X. ein Büro. In diesem Büro steht dem Angekl. ein eigenes Arbeits- und Sprechzimmer zur Verfügung. In diesem Zimmer bearbeitet der Angekl. die ihm von der GmbH. zugewiesenen rechtlichen Steuerfragen und sonstigen Angelegenheiten der Mitglieder und Kunden der GmbH., verfaßt Testamente, Verträge und sonstige Urkunden im Auftrage der GmbH. für deren Mitglieder und Kunden und erteilt in diesem Zimmer Rechtsrat an diejenigen Personen, die deswegen die GmbH. aufsuchen. Die Mitglieder und Kunden der GmbH., die zur Ratserteilung die GmbH. aufsuchen, werden im Anmeldezimmer des Büros der GmbH. empfangen und von da je nach der Art ihres Anliegens zu den Angestellten der GmbH. oder zu dem Angekl. geführt. Für die Tätigkeit, die der Angekl. für die Mitglieder und Kunden der GmbH. ausübt, erteilt er Kostenrechnungen gemäß der RAGebO. an die GmbH., die diese Kosten unmittelbar an ihn bezahlt und ihrerseits ihren Mitgliedern und Kunden darüber Rechnung gibt und die berechneten Beträge von ihnen unmittelbar einzieht.

Das Ehrengericht hat in dem Verhalten des Angekl. einen Verstoß gegen § 28 RAO. erblickt, denn der Angekl. habe seine Anwaltstätigkeit in engste Verbindung mit der von der GmbH. nach kaufmännischen Grundsätzen ausgeübten Tätigkeit und insbes. mit der von der Gesellschaft erteilten Rechtsberatung gebracht und durch diese engen Beziehungen den Vorteil und den Genuß aus allem gezogen, was die Gesellschaft durch ihren kaufmännischen Betrieb und durch seine gewerbsmäßige Werbung erlangt hat.

In sachlicher Beziehung beruft sich der Angekl. zur Rechtfertigung seines Verhaltens auf die Entsch. des EGH. XXVII, 171 ff. Er übersieht aber dabei, daß sich sein Verhalten von diesem Fall wesentlich zu seinen Ungunsten unterscheidet. Die zitierte Entsch. hebt ausdrücklich hervor, daß dort dem Angekl. nicht nachzuweisen sei, daß er die von ihm gegründete Gesellschaft nur als Kulisse für die Erweiterung seiner anwaltlichen Tätigkeit geschaffen habe. Ob die in jener Entsch. entwickelte Rechtsansicht sich auch heute noch halten läßt, mag auf sich beruhen. Jedenfalls geht die Verquickung der Tätigkeit und des Betriebes der hier vom Angekl. übernommenen Gesellschaft mit seiner anwaltlichen Tätigkeit erheblich weiter. Die entscheidende Persönlichkeit in der GmbH. war der Angekl. Er und die Gesellschaft waren wirtschaftlich ein und dasselbe, so daß er seine Tätigkeit so gut wie nur unter dem Namen der Gesellschaft ausübte.

Ein persönliches Vertrauen verbindet sonst den Rechtsuchenden mit seinem Rechtsberater. Hier fehlte die persönliche Verbindung der Rechtsuchenden mit dem Angekl. so gut wie vollständig. Die meisten Klienten wurden gar nicht gewahr, daß sie bei einem Anwalt waren. Der Angekl. verkehrte geradezu anonym (unter dem Namen der Gesellschaft) mit seinen Klienten.

Die Werbetätigkeit der Gesellschaft für den Angekl. entsprach der Form und dem Umfange nach ganz den Grundsätzen der kaufmännischen Betätigung, so daß diese Werbetätigkeit in Wort und Schrift durch zwei bis drei Werber als durchaus unzulässig für einen Anwalt bezeichnet werden muß.

Der EGH. würde das Verhalten des Angekl. erheblich schärfer charakterisieren, wenn nicht die eigene stillschweigende Duldung seiner berufsständischen Vertretung vorläge, und der Angekl. nicht in gewissem Umfange der Meinung sein konnte, er vermöge sich auf die Entsch. des EGH. in Bd. XXVII berufen.

Die Schuldfrage war aber deshalb noch nicht zu verneinen; die teilweise entlastenden Momente heben die eigene Verantwortung des Angekl. nicht auf.

Der Zulassungsantrag des Angekl. zur Rechtsanwaltschaft hätte auch erwarten lassen, daß er sich anders verhalten würde, als er das in seiner Verbindung mit der GmbH. getan hat. Er versicherte, daß er keine Dienststellung bei der Gesellschaft annehmen würde, und ist doch tatsächlich ein ähnliches Geschäftsverhältnis mit dieser Gesellschaft eingegangen. Eine solche Verquickung des Anwaltsberufs mit einem Gesellschaftsverhältnis ist unzulässig.

(1. Sen., Urt. v. 15. Jan. 1936, G 166/35.)

*

**30.** Zur Auslegung des § 67 Abs. 4 Satz 2 RAO. Ausschließung wegen Beihilfe zum Konkursverbrechen.

Das Ehrengericht führt in dem angef. Urt. aus, es gebe den Anträgen des Angekl. auf Aussetzung der Hauptverhandlung bis zur Entsch. über die von Mitangekl. im Strafverfahren eingelegten Rev. und auf Vernehmung der sämtlichen im Strafverfahren vernommenen Zeugen und Mitverurteilten nicht statt, weil der vom Ehrengericht selbst festgestellte Sachverhalt die „Fällung" des Urt. begründe, gleichgültig, ob das rechtskräftige Strafurt. gegen den Angekl. einmal aufgehoben werden sollte und unabhängig von dem, was die Zeugen etwa aussagen würden. Diese Auffassung des Ehrengerichts ist nicht zutreffend. Abgesehen davon, daß das Ehrengericht seiner Auffassung nicht treu geblieben ist, sondern ausschließlich Feststellungen des strafgerichtlichen Urt. seiner Entsch. zugrunde gelegt hat, hat es offenbar übersehen, daß es hinsichtlich seiner Stellung zu dem gegen den Angekl. X. schon damals rechtskräftigen Urt. nicht frei war. Schon nach der ständigen Rspr. des alten und des neuen EGH. war es so, daß, wenn im Strafverfahren eine Verurteilung rechtskräftig erfolgt war, die tatsächlichen Feststellungen dieses Urt. nach der objektiven und subjektiven Seite des die Anwendung eines Strafgesetzes begründenden Tatbestandes für das Ehrengericht als bindend anzusehen waren (vgl. EGH. 28, 194 [Urt. v. 11. Dez. 1934], insbes. EGH. 29, 68 [Urt. vom 20. März 1935] unter Anführung der früheren Rspr. und grundsätzlicher Erörterung der einschlägigen Rechtsfragen). Was so durch die ständige Rspr. des EGH. festgelegt worden war, das ist durch § 65 des zweiten Ges. zur Änderung der RAO. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1470), nunmehr nach der Bek. der neuen Fassung der RAO. v. 21. Febr. 1936 (RGBl. I, 107) § 67 Abs. 4 Satz 2 RRAO. bindendes Gesetz geworden. Das Ges. v. 13. Dez. 1935 war veröffentlicht worden im RGBl. v. 17. Dez. 1935, es war also am Tage der Verkündung des angef. Urt. des Ehrengerichts bereits in Kraft. Danach waren die tatsächlichen Feststellungen des strafgerichtlichen Urt. für das Ehrengericht bindend, wenn es nicht einstimmig die wiederholte Prüfung beschloß. Das Ehrengericht hatte also nicht etwa die Wahl, ob es die tatsächlichen Feststellungen des Strafurt. seiner Entsch. zugrunde legen wollte oder nicht, sondern es mußte das tun, wenn nicht jene Ausnahme vorlag. Dieselbe Rechtslage ergab sich für den EGH.

Da nun aber der Angekl. wegen Beihilfe zu den Kon-

kursverbrechen des A. und des B. verurteilt worden ist und da die Rev. des A., wie oben dargelegt, zur Aufhebung des ganzen Urt. gegen A. geführt hat, so könnte der Gedanke auftauchen, es sei zwar nicht nach dem Wortlaute, aber nach dem Sinne der Best. des § 67 Abs. 4 Satz 2 RRAO. eine (rechtskräftige) strafgerichtliche Verurteilung gegen den Angekl. X. noch nicht ergangen, weil die Haupttat, zu welcher er Beihilfe geleistet haben soll, noch nicht rechtskräftig feststehe, deshalb auch die an sich bereits rechtskräftige Feststellung seiner Beihilfe noch in der Luft hänge. So will ja auch der Angekl. die Sache aufgefaßt wissen.

Aber das trifft aus mehrfachen Erwägungen nicht zu.

Einmal ist das Urt. der StrK. aufgehoben worden nur in der Richtung gegen A.; das Urt. gegen B. ist davon unberührt geblieben. Die Feststellungen, welche zur Annahme der strafrechtlichen Beihilfe zu einem Konkursverbrechen des B. geführt haben, sind also für das Ehrengericht und den EGH. nach § 67 Abs. 4 Satz 2 RRAO. auf jeden Fall bindend geblieben.

... (Folgen weitere, nicht grundsätzlich interessierende Erörterungen.)

Die Rechtslage bleibt also die, daß für den EGH. die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gegen X. in vollem Umfange bindend sind, solange nicht der Sen. einstimmig die wiederholte Prüfung beschließt. Dazu hat der Sen. nach sorgfältiger Prüfung der Frage keine Veranlassung genommen. Die Ausführungen, die der Angekl. hierzu gemacht hat, konnten den Sen. von der Notwendigkeit einer solchen Nachprüfung nicht überzeugen. Einmal hat der Angekl. selbst sich bei dem strafgerichtlichen Urt. beruhigt. Mag auch die Scheu vor der Verlängerung — nicht anrechnungsfähiger — Untersuchungshaft durch Einlegung der Rev. mitbestimmend gewesen sein, so konnte ein solcher Grund unmöglich für ausschlaggebend angesehen werden bei einem RA., der sich zu Unrecht eines strafrechtlichen Vergehens schuldig erklärt und mit hoher Gefängnisstrafe belegt glaubt, und der sich sagen muß, daß die Rechtskraft solcher Verurteilung seine Existenz als Anwalt werde vernichten müssen. Der Angekl. hat aber weiter in dem Verfahren betr. die Verhängung eines Vertretungsverbots erklärt, daß er sich schwerer Verfehlungen gegen die Standesehre schuldig gemacht habe, die auch nach seiner Auffassung die Erlassung eines Vertretungsverbots rechtfertigten. Er hat auch auf die Vernehmung der zur Verhandlung über das Vertretungsverbot geladenen und erschienenen Zeugen verzichtet, ebenso auf Rechtsmittel gegen die Verhängung des Vertretungsverbots. Als angekl. RA. wußte er natürlich, daß ein Vertretungsverbot nur dann in Frage kommen konnte, wenn seine Ausschließung zu erwarten war. Er hat also selbst erkannt und zugegeben, daß sein Verhalten zur Ausschließung führen müsse. Das hat auch das Ehrengericht betont. Der Angekl. hat auch in der Hauptverhandlung vor dem Ehrengericht zugegeben, daß er sich der Anfechtbarkeit bewußt gewesen sei und daß er die Beteiligten sogar ausdrücklich darauf hingewiesen habe. Ein Rechtswahrer, der etwas Derartiges tut, ist aber in seinem Stande nicht tragbar. Er setzt sich in bewußten Gegensatz zu dem geltenden Gesetz. Er handelt dabei nur um so schlimmer, wenn er dem Gesetz nicht offen entgegentritt, sondern durch undurchsichtige, ja raffinierte Machenschaften den Gesetzeszweck zu vereiteln versteht. Es kommt dabei gar nicht darauf an, ob der Angekl. oder, ihm bewußt, irgendeiner der Beteiligten die Absicht gehabt hat, letzten Endes, d. h. im wirtschaftlichen Enderfolg, Gläubiger zu benachteiligen. Es genügt vielmehr, daß die Gläubiger, nach der Absicht des Angekl., durch die von ihm mit den übrigen Beteiligten geschaffene Rechtslage objektiv benachteiligt werden sollten und benachteiligt worden sind, so daß es ausschließlich von dem mehr oder minder guten Willen des Schuldners und seiner Hintermänner abhängig sein sollte, ob sie überhaupt noch irgendwelche Befriedigung erhalten sollten. Unter solchen Umständen wäre der Angekl. auch dann nicht tragbar, wenn es nicht zu einer strafgerichtlichen Verurteilung gekommen wäre. Es könnte sonach ganz dahingestellt bleiben, ob einzelne tatsächliche Feststellungen des strafgerichtlichen Urt. richtig sind oder nicht. Der Sen. hat aber, nach der zwingenden Vorschrift des § 67 Abs. 4 RRAO. von den Feststellungen des strafgerichtlichen Urt. auszugehen. Nach ihnen kann nur der Ausschluß des Angekl. aus der Rechtsanwaltschaft als Strafe in Betracht kommen. Deshalb besteht keine Veranlassung, auf die Punkte weiter einzugehen, durch welche sich der Angekl. im strafgerichtlichen Urt. besonders beschwert fühlt. Es kann auch dahingestellt bleiben, wer hier Verführer und wer Verführter war. Mag zu seinen Gunsten davon ausgegangen werden, daß nicht er die treibende Kraft gewesen ist, daß er sich vielmehr von A., B. und C. verleiten ließ und daß die „korrupten Verhältnisse des Krisenjahres 1932“ auch mit ihre Schuld getragen haben. Das nimmt ja auch der Strafrichter an. Das alles kann den Angekl. nicht entlasten. Er hat als Rechtswahrer seinen Rat, seine Erfahrung und tätige Mitwirkung zur Verfügung gestellt zu undurchsichtigen und teilweise auch unwürdigen Machenschaften, welche die Vereitelung gesetzlicher, den Schutz der Gläubiger bezweckender Best. und die Schaffung einer Zwangslage für die Gläubiger zum Zwecke hatten, um Vorteile für die Schuldner und — durch Entgelt für diese unwürdige Tätigkeit — auch für ihn, den Angekl., zu erzielen. Ein solches Verhalten ist eines Rechtswahrers in so hohem Maße unwürdig, daß seines Bleibens im Stande nicht sein kann. Das hat der Angekl., als er sich dem Vertretungsverbot unterwarf und auf jede Beweisaufnahme in jenem Verfahren verzichtete, auch selbst eingesehen, wenn er das auch in der heutigen Verhandlung vielleicht nicht mehr wahrhaben wollte.

Der Sen. trägt dagegen kein Bedenken, festzustellen, daß nicht anzunehmen ist, daß schon die den früheren Aufsichtsrügen zugrunde liegenden Vorgänge bei gerechter Würdigung genügt hätten, den Angekl. aus der Anwaltschaft auszuschließen. Nach Art und Schwere der jenen Aufsichtsrügen zugrunde liegenden Vorgänge kann davon wohl nicht gesprochen werden. Der Sen. steht weiter nicht an, festzustellen, daß der Angekl. im Weltkriege seiner Wehrpflicht an der Kampffront genügt hat. Das ist allerdings kein persönliches Verdienst, es war nur seine selbstverständliche Pflicht, die er mit Millionen teilte. Die Beurteilung des hier festgestellten Verhaltens kann dadurch nicht beeinflußt werden.

(RRAK., 3. Sen., Urt. v. 10. Juni 1936, G 39/36.)

*

**31.** § 97 RRAO.; § 91c RAO. a. F. **Gegen den Beschluß, durch den vom Ehrengericht die Verhängung eines Vertretungsverbots abgelehnt wird, steht der StA. die Beschw. an den EGH. zu.**

Gegen die Ablehnung des Vertretungsverbots durch das Ehrengericht hat die StA. rechtzeitig die sofortige Beschw. eingelegt. Der Angeschuldigte bestreitet, daß der StA. dieses Rechtsmittel zustehe. Der Wortlaut des § 91c RAO. a. F. kann allerdings zu Zweifeln in dieser Richtung Anlaß geben; dagegen ist in der Neufassung der RAO., die dem RJM. überlassen worden war und unter dem 21. Febr. 1936 verkündet worden ist (RGBl. I, 107), außer Zweifel gestellt, daß auch der StA. ein Beschwerderecht gegen den Beschluß zusteht, durch den der Erlaß eines Vertretungsverbotes nach durchgeführter Hauptverhandlung abgelehnt wird (vgl. § 97 Satz 1 und 2 RAO. n. F.).

Aber auch nach dem früheren Recht ist die sofortige Beschw. der StA. zulässig gewesen. Dies folgt aus § 304 StPO. i. Verb. m. § 91c RAO. a. F. § 304 a. a. O., der allgemein für das ehrengerichtliche Verfahren gilt (§ 66 RAO. a. F.), läßt die Beschw. gegen alle Beschlüsse des Ehrengerichts zu, soweit sie nicht ausdrücklich der Anfechtung entzogen sind. Eine solche ausdrückliche Anordnung ist nicht erlassen worden. Vor allem ist sie nicht aus der Fassung des § 91c a. a. O. zu entnehmen. Mit dieser Fassung sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß zur Entsch. über die Beschw. der EGH. berufen ist. Eine ausdrückliche Best. hierüber war erforderlich, weil sonst die Beschw. an das OLG. hätte gehen müssen (§ 89 RAO. a. F.). Wenn der Gesetzgeber, um jenem Gedanken Ausdruck zu geben, die Fassung der Vorschrift ledig-

lich auf den häufigsten Fall der Beschw., nämlich auf die Beschw. des Angeschuldigten gegen die Verhängung des Vertretungsverbotes, abgestellt hat, so kann daraus allein nicht gefolgert werden, daß im Falle der Versagung des Vertretungsverbotes der Anklagebehörde kein Rechtsmittel zustünde. Es kann auch nicht daraus gefolgert werden, daß über die Beschw. der StA. das OLG. zu entscheiden hätte. Eine solche unterschiedliche Behandlung des Beschwerderechtes und des Beschwerdeganges wäre mit dem System der StPO. unvereinbar, hätte jedenfalls, wenn der Gesetzgeber sie gewollt hätte, im Gesetz bestimmt und wortdeutlich angeordnet werden müssen.

(3. Sen., Beschl. v. 8. Juni 1936, G 195/35.)

## Oberlandesgerichte: Zivilsachen

**Berlin**

**32.** § 18 VO. v. 18. Febr. 1932. Für die Bewertung des Beschlusses über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form findet § 18 der VO. v. 18. Febr. 1932 (RGBl. I, 75) keine Anwendung.

Ein Notar hat den Beschluß der GenVers. über die Herabsetzung des Grundkapitals einer AktG. in erleichterter Form von 1001000 RM auf 572000 RM und über die Verwendung des freigewordenen Betrages beurkundet. Den Gegenstandswert dieses Beschlusses hat er auf 429000 RM angenommen. Die Kostenschuldnerin ist der Ansicht, daß nach § 18 der VO. v. 18. Febr. 1932 als Wert dieses Beschlusses nur ein Fünftel von 429000 RM = 85800 RM anzunehmen sei. Ihre Erinnerung und Beschwerde sind erfolglos geblieben.

Nach § 46 Abs. 2 PrGKG. ist der Wert des Gegenstandes für die Berechnung der nach Abs. 1 daselbst für die Beurkundung der GenVersBeschlüsse zu erhebenden Gebühr nach dem Geldwert der Beschlüsse zu bemessen, falls ein solcher erhellt. Wie vom Senat in ständiger Rspr. angenommen wird, haben die Beschlüsse über die Erhöhung oder Herabsetzung des Grund- oder Stammkapitals einen bestimmten Geldwert. Bei der Herabsetzung ist der Nennwert der Herabsetzung der Geschäftswert (KGJ. 22, 26; Beushausen, NotarGebO., 4. Aufl., § 46 PrGKG., Anm. II 3 d). Die Auffassung der Kostenschuldnerin, daß auf Grund des Art. 3 § 18 der VO. z. Durchf. der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form v. 18. Febr. 1932 nur der 5. Teil dieses Betrages als Wert des Gegenstandes zugrunde zu legen sei, ist durch den angefochtenen Beschluß zu Recht als unrichtig bezeichnet worden. Der Wortlaut dieser für Gerichts- und Notargebühren geltenden Bestimmung bietet für diese Ansicht keine Stütze. Wenn die BeschwF. sich auf den Zweck des Gesetzes beruft, der dahin gehe, den notleidenden Gesellschaften die Kapitalherabsetzung gebührenrechtlich zu erleichtern, und der nur erreicht werden könne, wenn die Bestimmung auch auf die Beurkundung der Beschlüsse der GenVers. angewendet werde, so kann diese Begründung für sich allein nicht die von der BeschwF. gewünschte Auslegung rechtfertigen. § 18 stellt sich seinem Inhalte nach als eine Ausnahmevorschrift dar, die einschränkend auszulegen ist (KG. in 1 a X 647/33). Der Gesetzgeber hat die Fälle, in denen für die Berechnung der Gebühren ein geringerer als der gewöhnliche Gegenstandswert anzunehmen ist, im einzelnen genau bezeichnet. Dies sind die registergerichtlichen Eintragungen von Beschlüssen der GenVers. über eine Kapitalherabsetzung und die Beurkundung der Anmeldung zur Eintragung, wozu auch die Beglaubigung der Anmeldung gehört (1a X 647/33). Es ist deshalb im Rahmen der Auslegung nicht möglich, die Vorschrift des § 18 auch auf die Beurkundung der Beschlüsse über die Kapitalherabsetzung auszudehnen. Der gleiche Standpunkt wird vom LG. Altona (JW. 1934, 117) und Beushausen (DNotKostR. 1936, 287) geteilt.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 27. März 1936, 1a Wx 432/36.)

**33.** §§ 260, 260 a, 265 HGB. Der vom Vorstande einer AktG. jährlich zu erstattende Geschäftsbericht braucht nicht erkennen zu lassen, aus welchem Grunde er über Verhältnisse der im § 260 a Abs. 2, 3 Ziff. 1 bis 5, 7, 8 HGB. bezeichneten Art keine Angaben enthält.

Das RegGer. beanstandete den von den Vorstandsmitgliedern der AktG. eingereichten Geschäftsbericht für das Geschäftsjahr 1934 dahin, daß wegen des Fehlens von Angaben i. S. des § 260 a Abs. 2, Abs. 3 Ziff. 1 bis 5, 7, 8 HGB. am Schlusse der Erklärung hätte beigefügt werden müssen, daß weitere Angaben nach § 260 a HGB. nicht zu machen seien. Es verlangte im Ordnungsstrafverfahren die Einreichung eines entsprechend ergänzten Geschäftsberichtes oder wenigstens eine von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats unterschriebene nachträgliche Erklärung des bezeichneten Inhalts. Ein Einspruch der beiden Vorstandsmitglieder wurde zurückgewiesen, ebenso eine hiergegen eingelegte sofortige Beschw. Ihre sofortige weitere Beschw. hatte Erfolg.

Nach § 260 HGB. hat der Vorstand einer AktG. nach Ablauf eines Geschäftsjahres innerhalb bestimmter Frist den Jahresabschluß sowie einen Geschäftsbericht dem Aufsichtsrate und mit dessen Bemerkungen der GenVers. vorzulegen. An den Inhalt des Geschäftsberichtes werden in § 260 a HGB. bestimmte Anforderungen gestellt. Er hat den Vermögensstand sowie die Verhältnisse der Gesellschaft zu entwickeln und den Jahresabschluß zu erläutern. Dabei muß er nach Abs. 2 und 3 über die Beziehungen zu einer abhängigen Gesellschaft oder zu einer Konzerngesellschaft berichten sowie Angaben über eine Reihe von Punkten machen, die in Abs. 3 unter 8 Ziffern näher bezeichnet sind (für Rechnung der Gesellschaft übernommene Aktien eines Gründers oder Zeichners, eigene Aktien der Gesellschaft, gebundene Aktien, neu ausgegebene Genußscheine, gewisse Haftungsverhältnisse, Gesamtbezüge des Vorstandes und des Aufsichtsrates, Zugehörigkeit der Gesellschaft zu gewissen Verbänden, nachträgliche Vorgänge von besonderer Bedeutung). Nach Abs. 4 hat die Berichterstattung den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaftsablegung zu entsprechen und kann sie nur insoweit unterbleiben, als das überwiegende Interesse einer der beteiligten Gesellschaften oder der Allgemeinheit es erfordert. Der demgemäß aufgestellte, vom Aufsichtsrat mit seinen Bemerkungen versehene und der GenVers. vorgelegte Geschäftsbericht muß nach § 265 HGB. dem RegGer. eingereicht werden, was gem. § 14 HGB. nötigenfalls im Ordnungsstrafverfahren der §§ 132 ff. FGG. zu erzwingen ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das RegGer. sich auch mit einem ersichtlich unrichtigen oder sachlich unvollständigen Geschäftsbericht dann begnügen muß, wenn dieser sich trotz der Mängel noch als ein solcher darstellt. Selbst wenn man das verneint, kann hier die Einreichung eines „vervollständigten" Geschäftsberichtes nicht verlangt werden, weil eine Unvollständigkeit des eingereichten Berichtes nicht ersichtlich ist. Die Vorinstanzen haben keine Anhaltspunkte dafür, daß bei der Gesellschaft Verhältnisse der in § 260 a Abs. 2 und 3 Ziff. 1 bis 5, 7, 8 HGB. bezeichneten Art, über die nach den gesetzlichen Vorschr. hätte berichtet werden müssen, vorgelegen haben. Sie gehen auch zutreffend davon aus, daß unter dieser Voraussetzung eine positive Berichterstattung nicht in Frage kommen kann, meinen aber, zur Vollständigkeit gehöre dann die Bemerkung, daß Angaben zu denjenigen Punkten, über welche der Bericht schweige, nicht zu machen seien. Dem kann nicht beigestimmt werden.

Das Gesetz verlangt seinem Wortlaute nach lediglich, daß „über" bestimmte Verhältnisse berichtet werde. Das ist nur möglich, wenn solche Verhältnisse vorliegen. Dagegen wird im anderen Falle keine ausdrückliche Erklärung des Inhalts verlangt, daß es an den Berichtsgegenständen fehle. Ein solches Verlangen ist auch durchaus nicht selbstverständlich. Man muß, wie das LG. im Gegensatz zu dem RegGer. mit Recht annimmt, davon ausgehen, daß der Vorstand einer AktG. seine gesetzlichen Verpflichtungen kennt, daß er insbes. vor Anfertigung des Geschäftsberichtes sich über die vom Gesetz an den Inhalt eines

solchen gestellten Anforderungen unterrichtet hat. Dann ist aber, wenn der Geschäftsbericht über einzelne der im § 260 a HGB. besonders hervorgehobenen Punkte keine Angaben enthält, die Schlußfolgerung gerechtfertigt, daß eine Berichterstattung insoweit entweder nicht möglich oder wegen entgegenstehender Interessen einer der beteiligten Gesellschaften oder der Allgemeinheit nicht angebracht gewesen ist. Das LG. meint nun freilich, es müsse ersichtlich sein, ob der eine oder der andere Fall vorliege. Ein solches Erfordernis läßt sich aber aus dem Gesetz nicht entnehmen. Nach § 260 a Abs. 4 HGB. kann die Berichterstattung, soweit das überwiegende Interesse einer der beteiligten Gesellschaften oder der Allgemeinheit es erfordert, schlechthin unterbleiben, und zwar nicht nur in Ansehung der vorher im Abs. 2, 3 besonders hervorgehobenen, sondern auch in Ansehung anderer Punkte, über welche sonst zu berichten sein würde. Es braucht also von den geheimzuhaltenden Punkten überhaupt nicht die Rede zu sein. Das hat seinen guten Grund. Denn wenn, wie das LG. verlangt, gegebenenfalls gesagt werden müßte, daß über einen bestimmten Punkt wegen entgegenstehender Interessen nicht berichtet werde, so würde schon diese Bemerkung dem zu schützenden Interesse abträglich sein können. Andererseits wäre mit ihr für die Aktionäre und die sonstigen Beteiligten wenig gewonnen.

Der Gesetzgeber brauchte auf den von den Vorinstanzen für geboten erachteten Zusatz zu dem Geschäftsberichte um so weniger Wert zu legen, als der Bericht nach § 262 a HGB. ohnehin regelmäßig von geeigneten unabhängigen Bilanzprüfern auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen ist, bevor er der GenVers. vorgelegt wird. Die Bilanzprüfer müssen in ihrem Prüfungsbericht nach § 262 e HGB. u. a. besonders feststellen, daß der Geschäftsbericht den Vorschr. der §§ 260, 260 a HGB. entspricht, und müssen andernfalls nach § 262 f HGB. den Bestätigungsvermerk, der in alle Veröffentlichungen und Vervielfältigungen des Jahresabschlusses aufzunehmen ist, versagen. Damit ist hinreichend für die Beachtung des § 260 a HGB. gesorgt, und zwar weit wirksamer, als wenn die Nachprüfung dem RegGer. überlassen worden wäre, das in den meisten Fällen überhaupt nicht in der Lage sein wird, eine sachliche Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Geschäftsberichtes festzustellen. Daß AktG. ausnahmsweise gem. Art. 4 der 1. DurchfVO. v. 15. Dez. 1931 (RGBl. I, 760) von der Bilanzprüfung befreit sind, wie das gerade im vorl. Fall zutrifft, kann die Auslegung der allgemein gültigen Vorschr. des § 262 a HGB. nicht beeinflussen.

Hiernach brauchen die Vorstandsmitglieder weder einen neuen Geschäftsbericht zu erstatten und ihn der GenVers. vorzulegen noch die ihnen anheimgestellte Ergänzungserklärung abzugeben, die übrigens, wenn das erste Verlangen gerechtfertigt wäre, die Einreichung eines der GenVers. vorgelegten neuen Geschäftsberichtes nicht würde ersetzen können.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 2. April 1936, 1 Wx 52/36.) [Sch.]

<= JFG. 13, 376.>

*

**34.** §§ 262 a, 294 Abs. 2, 299 HGB. Die vom KG. (JW. 1935, 179) für das gesetzliche Liquidationsverfahren anerkannte Befreiung der Aktiengesellschaft von der regelmäßigen Bilanzprüfung gilt nicht schon während einer sog. stillen Liquidation.

Die AktG. X., welche satzungsmäßig ein Bankgeschäft betreibt, befaßt sich, nachdem sie i. J. 1933 ihre Zahlungen eingestellt hatte und ein daraufhin eingeleitetes Vergleichsverfahren aufgehoben worden ist, nur noch mit der Abwickelung der Geschäfte zum Zwecke der allmählichen Befriedigung ihrer Gläubiger. Die GenVers. hielt es unter diesen Umständen nicht für notwendig, gem. § 262 a HGB. einen Bilanzprüfer zu wählen. Darauf leitete das Registergericht, weil es anderer Meinung war, gegen das einzige Vorstandsmitglied ein Ordnungsstrafverfahren ein, um die Stellung eines Antrages auf gerichtliche Bestellung von Bilanzprüfern zu erzwingen. Der Vorstand legte zunächst keinen Einspruch ein, stellte aber auch den geforderten Antrag nicht und wurde deshalb mit einer Ordnungsstrafe von 50 *RM* belegt. Gleichzeitig wiederholte das Registergericht die Strafandrohung, diesmal mit dem Erfolge, daß der Vorstand Einspruch einlegte. Dieser wurde vom Registergericht unter Festsetzung einer neuen Ordnungsstrafe von 40 *RM* verworfen. Eine hiergegen und gegen die frühere Straffestsetzung eingelegte sofortige Beschw. führte zur Ermäßigung der festgesetzten Ordnungsstrafen auf je 10 *RM*, wurde aber im übrigen zurückgewiesen. Die sofortige weitere Beschw. des Vorstandes hatte keinen Erfolg.

Die Berechtigung der ersten Straffestsetzung kann gemäß § 139 FGG., wie das LG. zutreffend ausgeführt hat, infolge der ursprünglichen Einspruchsversäumung des BeschwF. nicht mehr mit der Begründung in Zweifel gezogen werden, daß die Androhungsverfügung nicht gerechtfertigt gewesen sei. Das letztere ist daher nur noch hinsichtlich der Verwerfung des gegen die erneute Androhung eingelegten Einspruches und der damit verbundenen zweiten Straffestsetzung zu prüfen.

Nach § 262 a HGB. i. Verb. m. der 5. und 7. DurchfVO. v. 16. Febr. und v. 8. Juni 1934 (RGBl. I, 125 u. 491) hat der Vorstand, wenn die GenVers. die Wahl von Bilanzprüfern unterläßt, die Bestellung von solchen bei dem Registergericht zu beantragen. Diese Verpflichtung entfällt freilich, wie der Senat in 1 Wx 157/35 (JFG. 12, 225 = JW. 1935, 179 = HöchstRRspr. 1935 Nr. 799) grundsätzlich ausgesprochen hat, im Verfahren der Liquidation (§§ 293 ff. HGB.). Der BeschwF. meint aber zu Unrecht, daß ein gleiches auch dann gelten müsse, wenn die AktG., ohne sich förmlich aufzulösen, dazu übergehe, ihre Geschäfte in der Art einer Liquidation abzuwickeln. Das Ges. kennt nur eine Liquidation, nämlich das nach der Auflösung der Gesellschaft erforderlich werdende Abwickelungsverfahren, in welchem unter Beendigung der laufenden Geschäfte zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger und weiter der Verteilung unter die Aktionäre das Vermögen in Geld umgesetzt wird. Die dieses Verfahren regelnden besonderen Vorschriften gelten grundsätzlich nicht schon dann, wenn die AktG. im Hinblick auf eine erst künftig zu beschließende Auflösung ihren bisherigen werbenden Betrieb in einen Abwickelungsbetrieb umstellt. Denn eine solche bloße Änderung des Geschäftsbetriebes läßt den rechtlichen Zustand der AktG. völlig unberührt und ermöglicht deshalb auch noch nicht die Anwendung von Liquidationsvorschriften, die ausschließlich für die aufgelöste (oder nichtige) Gesellschaft gegeben worden sind. Infolgedessen kann daraus, daß § 262 a HGB. im Liquidationsverfahren unanwendbar ist, für den Fall einer während bestehender Gesellschaft betriebenen Abwickelung der Geschäfte nichts gefolgert werden. Fraglich kann nur sein, ob dieselben oder ähnliche Gründe, wie sie zur Verneinung der Anwendbarkeit des § 262 a HGB. im Liquidationsverfahren geführt haben, die Ausschaltung der Vorschrift auch schon bei der stillen Abwickelung rechtfertigen. Das ist jedoch zu verneinen.

Es mag allerdings richtig sein, daß ebenso wie im gesetzlichen Liquidationsverfahren auch während einer vorzeitigen Abwickelungstätigkeit der Gesellschaft die Kosten der Bilanzprüfung häufig in keinem angemessenen Verhältnis zu ihren praktischen Erfolgen stehen werden. Die Zweckmäßigkeit der Vermeidung solcher Kosten ist aber in dem Beschlusse des Senats 1 Wx 157/35 lediglich von dem Gesichtspunkte aus berücksichtigt worden, daß sie dem Gesetzgeber Anlaß gegeben haben könne, den § 262 a HGB. auf das Liquidationsverfahren nicht zu erstrecken. Die entsprechende Gesetzesauslegung selbst ist mit ganz anderen Erwägungen begründet worden, und zwar ausschließlich mit solchen, die nur für das gesetzliche Liquidationsverfahren zutreffen. Der bezeichnete Beschluß verweist zunächst auf § 299 Abs. 2 HGB., wonach gerade für das Gebiet der Bilanzen und der Prüfung von Geschäftsvorgängen eine ausdrückliche und erschöpfende Regelung der Frage, inwieweit im gesetzlichen Liquidationsverfahren „die Vorschriften der vorausgehenden Titel“ (§ 294 Abs. 2 HGB.) zur Anwendung kommen sollen, geboten erschienen sei. Ferner wird erwogen, daß es nahegelegen haben würde, den nur auf die Jahresbilanzen bezüglichen § 262 a

HGB., wenn er für das gesetzliche Liquidationsverfahren hätte gelten sollen, durch eine entsprechende Bestimmung hinsichtlich der Liquidationseröffnungsbilanz zu ergänzen, was jedoch nicht geschehen sei. Auch der weiter herangezogene § 185 Abs. 2 des Entw. II eines Gesetzes über AktG. usw. will sich darauf beschränken, die Bilanzprüfung für das gesetzliche Liquidationsverfahren auszuschalten. Endlich wird der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften der 1. und der 7. DurchfVO. verwertet, wonach nur „die Mitglieder des Vorstandes" und nicht auch die Liquidatoren durch Ordnungsstrafen angehalten werden sollen, die Bestellung von Bilanzprüfern zu beantragen. Keiner von diesen Umständen läßt darauf schließen, daß auch schon während des Bestehens der AktG. eine Bilanzprüfung entbehrlich sein soll, wenn die Gesellschaft ohne vorherige Auflösung von dem bisherigen werbenden Betriebe zur Abwickelung ihrer Geschäfte übergegangen ist. Auch sonst ist dafür aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt zu gewinnen. In der 4. Bek. des Reichskommissars für das Kreditwesen v. 10. Juli 1935 sind zwar bei der Befreiung von der Einreichung der Jahresbilanzen an die Reichsbank nach § 20 des Ges. über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934 den liquidierenden Kreditinstituten die „in stiller Abwickelung befindlichen" gleichgestellt worden. Das ist aber eine Sonderregelung, die ohne gesetzliche Grundlage nicht verallgemeinert werden kann.

Hiernach ist den Vorinstanzen darin beizustimmen, daß der BeschwF. als Vorstand einer noch nicht aufgelösten AktG. ohne Rücksicht auf die Art ihres Geschäftsbetriebes verpflichtet ist, die Bestellung eines Bilanzprüfers zu beantragen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 12. März 1936, 1 Wx 22/36.) [Sch.]

<= JFG. 13, 370.>

*

**35.** §§ 103 ff., 717, 788 ZPO.; §§ 812 ff. BGB. Abgrenzung des verfahrensrechtlichen zum sachlich-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch. Deren Durchsetzung im Kostenfestsetzungsverfahren bzw. im ordentlichen Rechtsstreit (Antrag nach § 717 Abs. 2, 3 ZPO., besondere Klage).

A. Die Parteien sind Eheleute. Die Kl. begehrte mit der Klage Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft. Die Klage wurde im ersten Rechtszuge abgewiesen, auf die Ber. der Kl. erging im zweiten Rechtszuge Urteil nach dem Klageantrag.

Der Bekl. zahlte (ohne Kostenfestsetzungsbeschluß) die der Kl. entstandenen eigenen Kosten, indem er ihre Gerichtskosten ihr erstattete bzw. ihren Anwalt unmittelbar bezahlte.

Nach Rev. und Zurückverweisung unterlag die Kl. im Schlußurteil, das ihr die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegte.

Nunmehr meldete der Bekl. jene von ihm gezahlten Kosten zur Kostenfestsetzung an. Der UrkB. lehnte deren Festsetzung ab, weil sie vorschußweise (§ 1387 BGB.) geleistet seien und daher im Kostenfestsetzungsverfahren nicht berücksichtigt werden könnten. Der Bekl. legte Erinnerung ein mit der Begründung, es handele sich nicht um eine vorschußweise Leistung, sondern um eine Bezahlung, die er als damals unterlegener Teil gemacht habe, um eine Vollstreckung zu vermeiden. Das LG. wies die Erinnerung zurück, weil der Anspruch des Bekl. gegen die Kl. auf Rückzahlung nicht im Kostenfestsetzungsverfahren, sondern nur auf dem in § 717 ZPO. vorgesehenen Wege durchgesetzt werden könne.

Dagegen richtet sich die Beschw. des Bekl. Er hält — unter Verweisung auf JW. 1935, 2166[93] — die Geltendmachung seines Rückforderungsanspruchs bezüglich der „Kosten des Rechtsstreits" im Kostenfestsetzungsverfahren für gerechtfertigt durch Erwägungen einer gesunden Verfahrensökonomie, eine Verweisung auf den Weg des § 717 ZPO. (oder besonderer Klage) aber nicht mehr in Einklang mit der „heutigen Auffassung von Rechtsprechung". Die Beschw. ist zulässig, in gesetzlicher Form und Frist eingelegt, aber unbegründet.

B. Zur Entsch. steht die Frage, ob die zunächst unterlegene Partei, die ihre urteilsmäßig festgestellte Kostenpflicht durch freiwillige Zahlung, ohne Kostenfestsetzungsbeschluß, dem Gegner gegenüber erfüllt hat, wenn sie demnächst im Endergebnis obsiegt, nunmehr den Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Beträge im Kostenfestsetzungsverfahren durchsetzen kann.

Die Frage ist zu verneinen.

1. Vorweg ist tatbestandlich klarzustellen, daß die Zahlung jener Kosten, die zweifellos Kosten des Rechtsstreits sind, freiwillig, nicht aber im Rahmen eines Beitreibungsverfahrens der Zwangsvollstreckung erfolgt ist. Es handelt sich also nicht um „Kosten der Zwangsvollstreckung", die dem Schuldner zu erstatten sind, wenn das Urteil, das die Vollstreckungsgrundlage bildet, aufgehoben wird (§ 788 Abs. 2 ZPO.). Die Anwendung des § 788 Abs. 2 ZPO. scheidet also von vornherein aus. Insoweit unterscheidet sich der vorl. Fall grundsätzlich von dem in der Karteientsch. des Senats v. 7. Jan. 1933, 20 W 5/33: JW. 1933, 2018, 2019 behandelten Sachverhalt.

Weiter ist hier maßgebend nur der Gesichtspunkt des Kostenfestsetzungsverfahrens gem. §§ 103 ff. ZPO. Eine Festsetzungsmöglichkeit würde nur der § 788 Abs. 2 ZPO. eröffnen können und nur für Kosten, die Kosten der Zwangsvollstreckung wirklich sind. Deshalb kann die unter anderm rechtlichen Gesichtspunkt (vgl. z. B. § 70 VerglO., § 87 n. F.) aufgetauchte Streitfrage, ob eine zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleistete Zahlung als freiwillig oder als durch Zwangsvollstreckung erlangt anzusehen ist (vgl. dazu Kiesow: JW. 1935, 809) hier offenbleiben.

2. Den Ausgangspunkt der Erörterung muß die Tatsache bilden, daß es sich um das Kostenfestsetzungsverfahren der §§ 103 ff. ZPO. handelt.

a) Gegenstand dieses Verfahrens sind die Kosten des Rechtsstreits, die die unterliegende Partei zu tragen hat, insbes. die dem Gegner erwachsenen Kosten, die sie ihm zu erstatten hat (§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.). Bei den hier in Rede stehenden Kosten handelt es sich durchweg aber nicht um Kosten, die dem Bekl. im Rechtsstreit entstanden sind, sondern gerade um solche, die der Kl. entstanden sind. In Wahrheit begehrt der Bekl. also nicht Festsetzung eigener Kosten zur Erstattung durch die unterlegene Kl., sondern macht einen Rückforderungsanspruch geltend, den er aus der Bezahlung eigener Kosten der Kl. gegen sie ableitet. Dafür ist im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO. kein Raum.

b) Hiermit greift die Erörterung über in das Gebiet der rechtlichen Natur des Kostenerstattungsanspruchs.

aa) Die §§ 103 ff. ZPO. betreffen nur den verfahrensrechtlichen Kostenerstattungsanspruch, gestützt auf den Urteilsspruch über die Kosten des Rechtsstreits (§§ 91 ff. ZPO.). Für ihn ist aber auch das in den §§ 103 ff. ZPO. geregelte Kostenfestsetzungsverfahren der einzige Weg seiner prozessualen Durchführung; dies gilt auch dann, wenn der Erstattungsanspruch durch Bezugnahme auf den Prozeßausgang und den Urteilsspruch über die Kosten allein auf die Vorschrift des § 286 BGB. als Ersatzanspruch auf Verzugsschaden gestützt ist (vgl. RArbG.: JW. 1930, 3370).

bb) Daneben gibt es auch einen sachlich-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch, der namentlich durch unerlaubte Handlung oder — unabhängig von Prozeßausgang und Urteilsspruch — durch Verzug in der Erfüllung von Vertragspflichten hervorgerufen werden kann. Aber dieser Anspruch hat praktische Bedeutung nur für solche Fälle, in denen es an einem vollstreckbaren Titel fehlt, z. B. Erledigung in Güte oder Klagerücknahme. In andern Fällen gilt wiederum nur das besonders geregelte Verfahren der §§ 103 ff. ZPO. (vgl. RG. 130, 217 = JW. 1931, 311; dazu auch Baumbach: JW. 1931, 311, 2520; OLG. Darmstadt: HöchstRRspr. 1932, 161 und ferner RG. 145, 296 = JW. 1935, 190[2]).

c) Hier handelt es sich darum, daß der Bekl. einen Anspruch auf „Erstattung" von Kosten gegen die Kl. geltend macht, die dieser entstanden sind und die der Bekl. für sie bezahlt hatte, nachdem er im Rechtsstreit zunächst unterlegen war, und die er jetzt zurückfordert, weil er endgültig im Prozeß gewonnen hat. Dieser Anspruch ist nicht der verfahrensrechtliche Kostenerstattungsanspruch aus §§ 103 ff. ZPO., gestützt auf den Urteilsspruch (§ 91 ZPO.) als Titel (§ 104 ZPO.) zur Kostenfestsetzung. Er stellt sich vielmehr als bürgerlich-rechtlicher Rückzahlungsanspruch dar, gestützt auf die tatsächliche Zahlung, nachdem deren Rechtsgrund weggefallen ist. Es steht also ein sachlich-rechtlicher Anspruch, dessen Gegenstand die Rückzahlung eines (Kosten-) Betrages ist, in Rede. Für einen solchen ist der Weg des Kostenfestsetzungsverfahrens eben nicht eröffnet (vgl. oben b bb).

3. Es besteht darüber hinaus aber auch kein Bedürfnis, das besonders geregelte Verfahren der §§ 103 ff. ZPO. für die Durchsetzung dieses sachlich-rechtlichen Anspruchs, für das es nicht bestimmt ist, systemwidrig zuzulassen.

Die Frage könnte sich dann vielleicht aufwerfen, wenn dem Bekl. wirklich nur der Weg einer neuen Klage allein offengestanden hätte. Dem ist aber nicht so.

Der Bekl. hätte die Möglichkeit gehabt, jenen sachlich-rechtlichen Anspruch im schwebenden Rechtsstreit geltend zu machen. Zwar nicht auf Grund des § 717 Abs. 2 ZPO. Denn das aufgehobene Urteil des KG. war ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil eines OLG. in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit (§ 717 Abs. 3 Satz 1 ZPO.; vgl. Stein-Jonas zu § 1 II 1; Recht 1932, 189; 1934, 3158; RG. 144, 158 = JW. 1934, 1412 [3]; JW. 1935, 2132). Wohl aber auf Grund des Abs. 3 des § 717 ZPO. Dort ist dem Bekl. ein Anspruch auf Verurteilung des Kl. zur Erstattung des vom Bekl. auf Grund des aufgehobenen Urteils Gezahlten oder Geleisteten gegeben. Es mag dahinstehen, ob es sich hierbei um einen prozeßrechtlichen und nicht vielmehr — nach der jetzigen Fassung des Abs. 3 — um einen bürgerlich-rechtlichen Bereicherungsanspruch handelt (vgl. WarnRspr. 1933 Nr. 53). Jedenfalls bestimmt die Vorschrift des Abs. 3 in § 717 ZPO. selbständig neben den allgemeinen und den besondern Tatbeständen des bürgerlichen Rechts, die einen Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung begründen, die Voraussetzungen, unter denen der Kl. zur Erstattung dessen verpflichtet ist, was der Bekl. auf Grund des vollstreckbaren Urteils an ihn gezahlt oder geleistet hat (vgl. RG. 139, 17 = JW. 1933, 1458; Baumbach: JW. 1933, 1459) und gibt damit einen Bereicherungsanspruch. Ein solcher aber kann nicht im Kostenfestsetzungsverfahren zugesprochen werden.

Für ihn ist überhaupt das Beschlußverfahren nicht eröffnet, über ihn kann vielmehr nur durch Urteil entschieden werden, sei es durch einen Ausspruch im Urteil desselben Prozesses (§ 717 Abs. 3 ZPO.), sei es im Urteil auf besondere, neue Klage. Danach ist auch bei der Aufhebung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses wohl ein Anspruch aus § 717 ZPO. gegeben, aber nur im Wege der gewöhnlichen Klage verfolgbar (vgl. Stein-Jonas zu § 717 VI, zu § 104 V 8; vgl. aber oben Ziff. 1). Das Kostenfestsetzungsverfahren ist auch gar nicht der geeignete Rahmen für den Ausspruch über solchen Bereicherungsanspruch, schon im Hinblick auf die Einwendungen, die der Kl. ihm entgegensetzen kann (vgl. dazu RG. 139, 20 ff. = JW. 1933, 1458), über die zugleich mit entschieden werden müßte. Die Rspr. entzieht mit Recht dem Kostenfestsetzungsverfahren die Entsch. über sachlich-rechtliche Streitigkeiten (vgl. z. B. die Einwendungen der Zahlung, Stundung, Aufrechnung, des Vergleichs).

C. Hiernach war die Beschw. zurückzuweisen. Die Kostenentsch. beruht auf § 97 ZPO., § 38 DGKG. Die Entsch. JW. 1935, 2166 behandelt den hier nicht vorl. Fall der Vorschußzahlung (dazu vgl. JW. 1935, 1252).

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 28. März 1936, 20 W 1611/36.)

*

**Düsseldorf**

**36.** §§ 831, 843 Abs. 4 BGB.

I. Der Geschäftsherr ist so lange für ersatzpflichtig zu erachten, als er nicht den Nachweis geführt hat, daß er der ihm obliegenden Aufsichtspflicht nachgekommen ist.

II. Der Geschädigte hat deshalb — wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen — einen Anspruch auf Zuerkennung einer Rente im Verfahren betr. einstweilige Verfügung, solange nicht im gleichzeitig anhängigen Hauptverfahren der in Anspruch genommene Geschäftsherr den ihm obliegenden Beweis (s. vorst. I) geführt hat.

III. Der Schädiger kann sich nicht darauf berufen, daß dem Geschädigten von dritter Seite im Hinblick auf seine Hilfsbedürftigkeit freiwillige Zuwendungen gemacht werden.

Der Kutscher des Antragsgegners fuhr am 7. Dez. 1931 in der Dunkelheit mit dem Wagen des Antragsgegners den Antragsteller schuldhaft an und verletzte ihn schwer. Er ist deshalb dem Grunde nach rechtskräftig zur Leistung von Schadensersatz an den Antragsteller verurteilt worden. Der Rechtsstreit gegen den Antragsgegner schwebt zur Entsch. über den Grund der Schadensersatzforderung noch vor dem Senat. Seine Entsch. hängt davon ab, ob dem Antragsgegner der ihm gem. § 831 BGB. offenstehende Entlastungsbeweis gelingen wird.

Der Antragsteller hat im Juli 1935 vom Antragsgegner im Wege der EinstwVfg. eine monatliche Rente von 150 RM begehrt und zur Begründung vorgetragen, daß er durch den Unfall gänzlich erwerbsunfähig geworden sei. Ohne den Unfall würde er heute mindestens 150 RM im Monat verdienen. Diesen Betrag habe er zum Unterhalt seiner fünfköpfigen Familie nötig. Das LG. hat hierauf dem Antragsteller durch EinstwVfg. v. 15. Juli 1935 zunächst für Juli und August 1935 je 75 RM zugebilligt, dann aber diese Verfügungen aufgehoben, weil weder der Grund noch die Höhe des Anspruchs glaubhaft gemacht worden sei.

Die Ber. des Antragstellers hatte Erfolg.

Da der Kutscher des Antragsgegners in Ausübung einer ihm übertragenen dienstlichen Verrichtung den Antragsteller widerrechtlich verletzt hat, ist der Antragsgegner zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Antragsteller hierdurch zugefügt worden ist. Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, daß er infolge des Unfalles zur Zeit völlig erwerbsunfähig ist.

Es darf angenommen werden, daß der Antragsteller als gelernter Schreinermeister heute bei der allgemeinen Besserung der Wirtschaftslage eine Arbeitsstelle gefunden hätte, die ihm einen auskömmlichen Verdienst gewährleistet haben würde. Es erscheint berechtigt, von einem monatlichen Einkommen des Antragstellers von etwa 150 RM auszugehen, das er seit längerer Zeit bezogen haben und noch beziehen würde, wenn ihm seine völlige Arbeitsfähigkeit erhalten geblieben wäre. Hat aber der Antragsteller hiernach glaubhaft gemacht, daß ihm infolge des Unfalls diese Bezüge entgangen sind, die er bei seiner sonstigen Mittellosigkeit zum Unterhalte seiner Familie dringend braucht, so ist es gem. § 940 ZPO. zulässig und geboten, im Wege der EinstwVfg. diejenigen Anordnungen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um wesentliche Nachteile von dem Antragsteller abzuwenden. Das Gericht ist daher in der Lage, dem Ersatzpflichtigen die Zahlung von regelmäßig wiederkehrenden Leistungen aufzuerlegen, um den Unterhalt des Geschädigten und seiner Familie sicherzustellen, sofern diese Leistungen sich in den Grenzen seiner Verpflichtung halten.

Dieses Ergebnis greift der Antragsgegner vergeblich an. Der Anspruchsgrund kann nicht mit dem LG. durch die Erwägung beseitigt werden, daß nach der Lage des Hauptprozesses nicht die sichere Erwartung bestehe, daß der Antragsteller obsiegen werde. Eine solche Begründung wird der

Bedeutung der im § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. angeordneten Verteilung der Beweislast nicht gerecht. Danach muß der Antragsgegner so lange für ersatzpflichtig erachtet werden, als er nicht den Nachweis geführt hat, daß er der ihm obliegenden Aufsichts- oder Leistungspflicht nachgekommen ist. Diese Frage kann aber zuverlässig nur in dem Hauptprozeß nach stattgefundener Beweisaufnahme und Stellungnahme beider Parteien zu ihr entschieden werden. Das Verfahren der EinstwVfg. erscheint hierfür im vorl. Falle um so weniger geeignet, als bisher in der Hauptsache beide Parteien zu der Beweisaufnahme keine Stellung genommen haben. Immerhin kann schon jetzt bemerkt werden, daß verschiedene Zeugenaussagen darauf hinweisen, daß der Kutscher des Antragsgegners eine nicht unbedenkliche Neigung zum Alkohol hat und der Antragsgegner darum Veranlassung gehabt hat, ihn mehr als sonst erforderlich zu beaufsichtigen. Bei dieser Sachlage kann der Grund des Anspruchs nicht als ausgeräumt gelten.

Ebensowenig halten die Angriffe des Antragsgegners gegen die Notwendigkeit der Verfügung einer Nachprüfung stand. Daß der Krankheitsprozeß abgeschlossen und der Oberschenkelbruch verheilt ist und somit eine weitere schwere gesundheitliche Gefährdung des Antragstellers nicht mehr zu erwarten sei, mag richtig sein. Indessen wird dadurch nicht die Notwendigkeit berührt, den Unterhalt des Antragstellers und seiner Familie sicherzustellen, den er ohne die EinstwVfg. nicht bestreiten kann. Hierbei muß die Tatsache außer Betracht bleiben, daß der Antragsteller von dem Wohlfahrtsamte eine öffentliche Unterstützung bezieht; denn diese ist nicht dazu bestimmt, die im Einzelfalle gegebene Ersatzpflicht dritter Personen zu mildern oder gar zu beseitigen. Ferner kann es unerörtert bleiben, welche Beträge der Antragsteller von seinen beiden Stiefsöhnen für den ihnen gewährten Unterhalt bekommt; denn soweit diese Gelder den Wert der Gegenleistung des Antragstellers übersteigen sollten, handelt es sich augenscheinlich um freiwillige Zuwendungen, die im Hinblick auf die Hilfsbedürftigkeit des Antragstellers gemacht werden und auf die sich der Ersatzpflichtige nach dem Grundgedanken des § 843 Abs. 4 BGB. nicht berufen kann. Danach kann nämlich der Schuldner nicht geltend machen, daß der Schaden von einem Dritten ausgeglichen wird.

Schließlich braucht auch nicht geprüft zu werden, ob die Vermögensverhältnisse des Antragstellers vor dem Unfalle vollständig zerrüttet gewesen sind. Diese Tatsache würde nicht ausschließen, daß der Antragsteller nach Aufgabe seines eigenen Betriebes eine Arbeitsstelle als Schreiner angenommen hätte. Als solcher hätte er aber, wie oben dargelegt und dem Senat glaubhaft erscheint, bei den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen monatlich einen Betrag verdient, der zum bescheidenen Unterhalt für sich und seine Familie nötig und ausreichend ist. Diese Summe schätzt der Senat auf 150 *RM*.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 2. Jan. 1936, 9 U 337/35.)

*

**Kiel**

**37.** §§ 3, 4 Abs. 2 und 4 ZwecksparAuflösG. v. 13. Dez. 1935; Art. 7 ZwecksparAuflösVO. v. 12. März 1936; § 609 BGB.

I. Bei verwaltungsmäßiger Trennung zwischen einer Zwecksparer- und Darlehensnehmergemeinschaft und der zugehörigen Verwaltungsgesellschaft liegt nach außen eine einheitliche Zwecksparunternehmung vor. Die Rechtsnachfolge in eine solche Verwaltungsgesellschaft umfaßt daher auch den sogenannten „reinen“ Zwecksparbestand.

II. a) Ist aus einem Staffelspar- und Darlehensvertrag des Sparers einer Zwecksparunternehmung die Sparvertragssumme teilweise in bar ausgezahlt worden, während lediglich eine teilweise Umbuchung und Verrechnung der Sparvertragssumme als Leistung auf einen weiteren Sparvertrag desselben Sparers stattgefunden hat, muß der in bar gewährte Darlehensteilbetrag von dem Darlehensnehmer gemäß Art. 7 AuflösVO. getilgt werden, während der umgebuchte Darlehensbetrag der Regelung des § 4 Abs. 4 AuflösG., Art. 2 AuflösVO. unterliegt.

b) Die Geltendmachung der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Zwecksparдarlehen ist ausgeschlossen. †)

Die Bekl. hat mit der Zwecksspar- und Darlehensgemeinschaft (Freie Vereinigung) unter Verwaltung der Treuhandgesellschaft Sch. & Co. eine Reihe von Zwecksparverträgen in der Weise abgeschlossen, daß sie einen Teil des auf den einen Vertrag zur Auszahlung kommenden Darlehens stehen und als Spareinlage für einen weiteren, höheren Sparvertrag umbuchen ließ. Den Rest der Darlehensbeträge erhielt sie ausgezahlt. Verschiedene Sparverträge sind nicht mehr zur Zuteilung und Auszahlung gelangt. Da die Bekl. auf die in der erwähnten Weise „zugeteilten Darlehen“ keine Tilgungszahlungen mehr leistete, wurden sämtliche Verträge gekündigt.

Mit der Behauptung, daß die Firma Sch. & Co. im Frühjahr 1933 mit allen Aktiven und Passiven auf die Sch. & Co.-GmbH. übergegangen sei, hat diese Gesellschaft, nachdem ihre Liquidation durch den Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmungen angeordnet war, Klage auf Rückzahlung der gewährten Darlehen in Höhe von 3035 *RM* erhoben. Die Bekl. hat eingewandt, daß sie nicht mit der Kl., sondern mit der „Zweckspar- und Darlehensgemeinschaft (Freie Vereinigung)“ abgeschlossen habe, daß die Verträge nichtig seien, da die Kl. von Anfang an ein „Schwindelunternehmen“ gewesen sei und sie zu der geschilderten Art der Vertragsschlüsse und Darlehensverwendung überredet habe, und hat schließlich eine Schadensersatzgegenforderung zur Aufrechnung gestellt.

LG. wies die Klage ab, die Berufung hatte zu einem Teil Erfolg.

Es ist außer Streit, daß die Kl. Rechtsnachfolgerin der Sch. & Co.-GmbH. ist. Es fragt sich nur, ob diese Gesellschaft die Rechte aus den mit der Zweckspar- und Darlehensgemeinschaft unter Verwaltung der Treuhandgesellschaft Sch. & Co. geschlossenen Spar- und Darlehensverträgen erworben hat. Das LG. hat dies verneint. Es unterscheidet zwischen der Zweckspar- und Darlehensgemeinschaft, worunter es die Vereinigung der Sparer versteht, und der Firma Sch. & Co., die als Bevollmächtigte jener Vereinigung angesehen wird. Eine solche Unterscheidung ist indessen nicht angängig, denn tatsächlich hat es sich um eine einheitliche Unternehmung gehandelt, hinter der allein die jeweiligen Inhaber der Firma Sch. & Co. gestanden haben. Mit ihr haben die einzelnen Sparer abgeschlossen und auch abschließen wollen. Ihnen hat der Gedanke ferngelegen, durch Abschluß des Sparvertrages einer Vereinigung von Sparern, sei es einer Gesellschaft oder einem nicht eingetragenen Verein, beizutreten, während andererseits die Inhaber der Firma Sch. & Co. sich nicht als Bevollmächtigte einer solchen Vereinigung, sondern als die eigentlichen Rechtsträger des von ihnen betriebenen Zwecksparunternehmens betrachtet haben. Seine Bezeichnung steht dem nicht entgegen. Vielmehr entspricht sie der früheren Praxis im Zwecksparwesen, die Unternehmung im Innenverhältnis in die sogenannte „Gemeinschaft der Sparer“ und in die „Verwaltung“ aufzuteilen, womit in der Regel nur beabsichtigt war, das reine Zwecksparvermögen vom Verwaltungsvermögen zu trennen und so dem Zugriff von Gläubigern der Unternehmung zu entziehen. Eine äußerliche Trennung sollte dadurch nicht erzielt werden. Sie lag gewiß nicht im Willen der Gründer dieser Unternehmung, die sich zu einer, wenn auch nicht im Handelsregister eingetragenen, OHG. zusammengeschlossen hatten. Nachdem der eine der beiden Gründer ausgeschieden war, wurde das Unternehmen zunächst von dem Kaufmann Sch. allein unter derselben weitergeführt. Später ist das unter der Firma betriebene Unternehmen auf die D. Zweckspar- und Darlehenskasse m. b. H. übertragen worden. Demgemäß hat auch der Reichs-

beauftragte für Zwecksparunternehmungen die zuletzt genannte Zweckspar- und Darlehenskasse, deren Name später in Sch. & Co. GmbH. geändert worden ist, als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen OHG. Sch. & Co. angesehen. Deshalb stehen die Ansprüche aus den zwischen ihr und der Bekl. geschlossenen Spar- und Darlehensverträge nunmehr der jetzigen Kl. zu.

Ihre Forderung ist jedoch begrenzt durch die Höhe der an die bekl. Ehefrau tatsächlich ausgezahlten Beträge. Das folgt aus dem Ges. über die Auflösung der Zwecksparunternehmungen v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1457) und der hierzu erlassenen Durchf- und ErgVO. v. 12. März 1936 (RGBl. I, 162 ff.). Beide kommen mit ihren sämtlichen Bestimmungen zur Anwendung, wiewohl die Rechtsvorgängerin der Kl., die Sch. & Co. GmbH. bereits vor der Verkündung des Gesetzes in Liquidation getreten war. Denn diese ist dadurch hinfällig geworden, daß der Bestand jener Gesellschaft an Zwecksparverträgen auf die Kl. übertragen worden ist, womit alle sich aus ihnen ergebenden Rechte und Pflichten übergegangen sind. Nach der Vorschrift des § 4 Abs. 4 des Ges., die übrigens auch auf die bei seinem Inkrafttreten in Liquidation befindlichen Zwecksparunternehmungen Anwendung findet (§ 13 Abs. 2 des Ges.), ist die Zuteilung eines Darlehens dann nicht als erfolgt anzusehen, wenn das zugeteilte Darlehen nicht in bar ausgezahlt, sondern als Leistung auf einen anderen Sparvertrag verrechnet worden ist. Danach müssen insoweit die Fälle ausscheiden, in denen die Beträge einbehalten und als Sparleistung auf weitere Sparverträge verbucht worden sind. Schließlich müssen aber auch die übrigen von der Kl. in ihren Kontoauszügen zum „Soll" gestellten Beträge, die sämtlich den Charakter von „Verwaltungskosten" haben, ausscheiden, da ihre Einziehung lediglich auf dem Wege der Belastung eines noch vorhandenen Sparguthabens erfolgen darf (vgl. § 3 des Ges. und Art. 1 der VO.; dazu Kahlert: JW. 1936, 295). Übrig bleiben also nur die an die Bekl. wirklich gezahlten Darlehensbeträge, die jedoch wiederum um die hierauf gezahlten Tilgungsraten zu kürzen sind. Es verbleibt dann ein Darlehensrest von 1029,40 RM, der von der Bekl. bar zu zahlen ist. Dagegen sind ihr infolge der besonderen gesetzlichen Regelung jegliche Leistungsverweigerungsrechte oder Schadensersatzansprüche versagt. Insbes. ist auch der Einwand der Nichtigkeit der Darlehensverträge ausgeschlossen. Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus dem ihm zugrunde liegenden Zweckgedanken. Denn der Zweck des Gesetzes ist offensichtlich der, die Sparer einer Zwecksparunternehmung, die ein Darlehen noch nicht erhalten haben, vor weiteren Verlusten zu schützen und nunmehr nach Auflösung aller Zwecksparunternehmungen in bestimmter Weise zu befriedigen (vgl. die amtliche Begründung im DRAnz. 1935 Nr. 294). Die Befriedigung der Sparer erfolgt nach Verhältnis ihrer reinen Sparguthaben ohne Vorrang voreinander. Dabei bewendet es auch dann, wenn der Sparvertrag nichtig oder anfechtbar ist (vgl. § 4 Abs. 2 des Ges.). Der Grundgedanke dieser Bestimmung ist der, daß sämtliche Sparer eine einzige Schicksalsgemeinschaft bilden und gleichmäßig behandelt werden sollen. Dem entspricht aber auch, daß die Sparer, die bereits ein Darlehen erhalten haben, sich von der Rückzahlung nicht unter Berufung auf Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe zum Nachteil der anderen Sparer befreien können. Denn deren ohnehin nur anteilmäßige Befriedigung wird zum wesentlichen Teil immer nur nach Maßgabe der ausgeliehenen und im Laufe der Tilgungszeit zurückfließenden Darlehensbeträge erfolgen können. Wenn nun gegenüber dem Anspruch auf Rückzahlung der Darlehen überhaupt Einwände zugelassen würden, so wäre die vom Gesetz gewollte Regelung im Interesse der noch nicht befriedigten Sparгläubiger in Frage gestellt. Sie würden schwer geschädigt werden, während es der Zweckgedanke des Gesetzes ist, daß der Notstand, der die überwiegende Zahl der Sparer betroffen hat, von der Gemeinschaft sämtlicher Sparer gleichmäßig getragen werden soll. Bei der Abwägung aller gegenseitigen Interessen müssen daher sinnentsprechend der Vorschrift des § 4 Abs. 2 des Ges. Nichtigkeits- oder Anfechtungseinwände für ausgeschlossen gelten, da ihre Zulassung dem Grundgedanken der Sparergemeinschaft widerspricht. Aus dem gleichen Grunde sind der Bekl. dann auch alle sonstigen Einwände verschlossen, insbes. auch der Weg einer Aufrechnung mit vermeintlichen Schadensersatzansprüchen (vgl. Kahlert: JW. 1936, 1030). Ob ihr, soweit ein Darlehen auf die Sparverträge nicht zugeteilt worden ist oder als nicht zugeteilt gilt, noch ein Guthaben nach Art. 2 der VO. zusteht, ist hier nicht zu entscheiden, denn die Aufrechnung mit diesem Anspruch ist durch § 4 Abs. 2 des Ges. ausdrücklich ausgeschlossen.

(OLG. Kiel, 3. ZivSen., Urt. v. 11. Mai 1936; 3 U 4/35.)

**Anmerkung:** Das obige Urteil des OLG. Kiel ist eine in mehrfacher Hinsicht bemerkenswerte Entsch., die in ihren grundsätzlichen Zügen als zutreffend und klärend angesehen werden muß.

I. Überzeugend ist die Einheit zwischen der an sich nicht rechtsfähigen Spar- und Darlehensgemeinschaft und der sogenannten Verwaltungsgesellschaft dargetan, die allein den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, wenngleich das formale Recht dem zunächst entgegen zu stehen scheint. Bei der Prüfung solcher Fragen ist für eine Entsch. über die Sachbefugnis einer Zwecksparunternehmung stets zu untersuchen, ob nicht der Reichsbeauftragte für Zwecksparunternehmungen gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 Ges. über Zwecksparunternehmungen v. 17. Mai 1933 (RGBl. I, 269) verfahren und eine Unternehmung zur Zwecksparunternehmung erklärt hat. Eine solche Entsch. der Aufsichtsbehörde ist für alle Gerichte und Verwaltungsbehörden bindend und im übrigen auch häufig, wie im obigen Streitfall, maßgebend für die Frage, ob eine Zwecksparunternehmung aus einem bestimmten Zweckspar- oder Darlehensvertrage berechtigt und verpflichtet ist. Ist jedoch eine solche Entsch. nicht ausdrücklich ergangen, so kann sie auch in einer sonstigen Entsch. der Aufsichtsbehörde begründet sein, welche die Feststellung, daß es sich um eine Zwecksparunternehmung i. S. des Gesetzes handelt, zur Voraussetzung hat. Das ist der Sachverhalt, der dem Tatbestand des obigen Urteils zugrunde liegt. Der Reichsbeauftragte für Zwecksparunternehmungen hatte der Rechtsvorgängerin der Kl. den Geschäftsbetrieb gemäß § 15 Abs. 1 ZwecksparG. untersagt und die Übertragung ihres Zwecksparbestandes auf die Kl. als Rechtsnachfolgerin gemäß § 13 Satz 2 ZwecksparG. genehmigt. Sowohl die Untersagungs- wie auch die Genehmigungsverfügung erging gegen die Verwaltungsgesellschaft, umfaßte aber gleichzeitig die nicht rechtsfähige Spar- und Darlehensgemeinschaft und bringt somit bindend zum Ausdruck, daß es sich um eine einheitliche Unternehmung, und zwar um eine Zwecksparunternehmung gemäß § 1 Abs. 1 ZwecksparG. handelt, während jedoch die Sparergemeinschaft für sich genommen eine solche noch nicht darstellt. Mit Recht hat daher das OLG. Kiel die Sachbefugnis der Kl. gegenüber den zur Gemeinschaft gehörenden Bekl. bejaht.

II. a) In der Behandlung der sogenannten Teilstaffeldarlehen ist die obige Entsch. ebenfalls als grundsätzlich zutreffend anzusehen (ebenso vgl. Kahlert: JW. 1936, 1030; Loenicker: Sparkasse 1936 Heft 7, S. 103/104). Über diese Frage ist nunmehr auch zur Befolgung durch die aufgelösten Zwecksparunternehmungen von der Fachgruppe Zwecksparunternehmungen im Rundschreiben Nr. 11/36, Juni 1936 ein eingehendes Gutachten von Ebermeyer-Kahlert veröffentlicht worden, welches mit den Grundsätzen der Entsch. des OLG. Kiel in Einklang steht.

b) Über die grundsätzliche Bedeutung der oberlandesgerichtlichen Entsch. in der Frage des Ausschlusses von Nichtigkeits- oder Anfechtungseinwänden bei Zwecksparddarlehen ist in einem Aufsatz dieses Heftes von mir (JW. 1936, 2373 ff.) Näheres ausgeführt worden.

Assessor Hans Kahlert, Berlin.

*

**Stettin**

**38.** § 829 ZPO. **Die Pfändung von Nachnahmebeträgen, die bei den Dienststellen der Reichsbahn für Verkehrstreibende eingehen, ist nur für die aus einem bestimmten Frachtvertrag entstehenden Forderungen möglich, nicht dagegen hinsichtlich „etwa eingehender Nachnahmebeträge des Schuldners" aus allen Frachtverhältnissen. Das gleiche gilt auch dann, wenn der Verfrachter eine Verfügung bei der Güterabfertigung hinterlegt hat, wonach etwa für ihn eingehende Nachnahmebeträge auf ein bestimmtes Konto überwiesen werden sollen.**

Der Schuldner hat bei einer Güterabfertigung in S. eine Verfügung hinterlegt, daß alle für ihn eingehenden Nachnahmen von der Güterabfertigung auf sein Konto bei der X.-Bank zu überweisen sind. Auf Antrag der Gläubigerin sind durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß u. a. die angeblichen Forderungen des Schuldners an die DReichsbGes., vertreten durch die Reichsbahndirektion X., auf Auszahlung von eingegangenen und künftig eingehenden Geldern gleich welcher Art, insbes. die dem Schuldner zustehenden und dort — hauptsächlich bei der Güterabfertigung X. — eingehenden Nachnahmebeträge und so weiter, die von dort aus auf Grund der hinterlegten Verfügung auf Konto des Schuldners bei der X.-Bank überwiesen werden, gepfändet worden.

Auf Erinnerung ist der Beschluß dahin geändert und bestätigt worden, daß nur diejenigen Beträge gepfändet und überwiesen werden, welche bei der Güterabfertigung — Güterkasse — in X., Güterbahnhof, zugunsten des Schuldners aus Nachnahmefrachtverträgen oder ähnlichen Verträgen eingehen oder in Zukunft eingehen werden und welche auf Grund der vom Schuldner hinterlegten Verfügung auf sein Konto bei der X.-Bank überwiesen werden sollen. Diesen Beschluß hat das LG. seinem ganzen Umfange nach aufgehoben.

Die sofortige Beschw. der Gläubigerin blieb ohne Erfolg.

Zukünftige Forderungen sind mit der h. A. (siehe Stein-Jonas, 15. Aufl., I 1a zu § 829 ZPO.) nebst Nachweisungen als pfändbar anzusehen. Es können aber nicht schon reine Hoffnungen und Erwartungen gepfändet werden, vielmehr muß zur Zeit der Pfändung schon ein Rechtsboden vorhanden sein, auf dem die künftige Forderung entstehen kann. Es darf immer nur ein Teil des Tatbestandes fehlen, an dessen Vorhandensein die Rechtsordnung eine in der Zukunft mögliche Forderung knüpft. An der Rechtsgrundlage für die Möglichkeit der künftigen Entstehung einer Forderung darf es niemals fehlen (RGZ. 134, 225 = JW. 1932, 2794 [5] m. Anm.). Eine gewisse tatsächliche Einheit in den Beziehungen, wie sie das OLG. Köln in JW. 1935, 1725 und vielleicht auch in JW. 1934, 3076 für ausreichend erachtet, kann demnach nicht genügen. Eine bestimmte Rechtsbeziehung ist schon deswegen unerläßlich, weil sonst der Drittschuldner in manchen Fällen, namentlich wenn er einen umfangreichen Geschäftsbetrieb hat, auch bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange und Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht die notwendige Vorsorge treffen kann, daß die betr. Forderung bei ihrer Entstehung auch als gepfändet erkannt wird. Denn er kann in derartigen Fällen in seinem Betriebe nicht schon für die einzelne tatsächliche Beziehung, die vielleicht in Zukunft zum Abschluß von Rechtsgeschäften führen kann, Vorkehrungen zur Sicherung des Gläubigers treffen.

Diese Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Pfändung zukünftiger Forderungen liegen hier nicht vor.

Die Tatsache, daß der Schuldner bei der Reichsbahn Nachnahmesendungen aufgeben kann und als Kaufmann vielleicht häufiger aufgeben wird, begründet allgemeine rechtliche Beziehungen zwischen Schuldner und Drittschuldner über den jeweils abgeschlossenen einzelnen Vertrag hinaus, ebensowenig wie bei den sonstigen zahlreichen Personen, welche die Einrichtungen der Reichsbahn häufig in Anspruch nehmen.

Auch die Hinterlegung der Verfügung, wie mit den etwa eingehenden Nachnahmegeldern verfahren werden soll, begründet solche Rechtsbeziehungen noch nicht. Denn der Vertrag auf Einziehung der nachgenommenen Summe vom Empfänger und Auszahlung an den Absender kommt erst mit der Eintragung in den Frachtbrief über die betr. Sendung zustande (vgl. Kittel-Friebe-Hay), Eisenbahnverkehrsordnung, Anm. 2 zu § 71). Eine Verpflichtung der Reichsbahn zur Auszahlung des nachgenommenen Betrages entsteht also erst bei der Auflieferung der betr. Sendung. Die Hinterlegung und Entgegennahme der Verfügung des Schuldners bedeutet daher noch keine rechtliche Grundlage dafür, daß die Entstehung solcher Forderungen zukünftig möglich ist. Der Tatbestand, an den sich die Entstehungen derartiger Forderungen knüpft, ist dadurch noch nicht auch nur zu einem kleinen Teil gegeben.

Insofern unterscheidet sich der vorl. Fall wesentlich von dem Kontokorrentverhältnis zwischen Bankkunden und Bank, auf das sich die Gläubigerin unter Hinweis auf RGZ. 135, 139 = JW. 1932, 1015 [8] beruft. Die Eröffnung eines Kontokorrents beruht, wie das RG. dort ausführt, auf einer Abrede zwischen dem Kunden und der Bank, mithin auf einem schuldrechtlichen Vertrage, welcher die Bank allgemein im voraus verpflichtet, Einzahlungen des Kunden und von Dritten für den Kunden entgegenzunehmen, die Gelder für ihn bereitzuhalten, meist auch zu verzinsen und gemäß der Verfügung des Kunden auszuzahlen. Durch diesen Vertrag ist bereits die Verpflichtung der Bank begründet, etwa eingehende Gelder an den Kunden zu zahlen. Die Entstehung der Forderung des Kunden hängt nur noch von dem Eingang der Gelder ab. Der Kunde steht schon in fester rechtlicher Beziehung zur Bank, die für ihn ein Konto führt.

An derartigen festen rechtlichen Beziehungen fehlt es im vorl. Falle. Die Reichsbahn ist kein Bankinstitut und führt für die große Masse der Benutzer ihrer Einrichtungen keine Konten. Sie ist eine amtliche Einrichtung für die Massenabfertigung der ihr als dafür maßgebendes Großunternehmen zugeleiteten Einzelsendungen verschiedenster Art. Diesem Zwecke kann sie nur gerecht werden, wenn sich der Geschäftsverkehr bei ihr unpersönlich auf Grund der Best. abspielt. Daraus folgt, daß das Verhältnis zwischen ihr und den Benutzern ihrer Einrichtungen weniger den Charakter einer Geschäftsverbindung zwischen Kunden und Geschäftsunternehmern hat. Vielmehr handelt es sich gewöhnlich in überwiegendem Maße um ganz unpersönliche Beziehungen, die sich aus der Benutzung einer für den Massenverkehr bestimmten öffentlichen Einrichtung durch das Publikum ergeben. Mag auch durch häufige Auflieferung von Sendungen bei derselben Güterabfertigung durch einen Benutzer eine gewisse geschäftliche Eingewöhnung entstehen, so besteht doch noch kein Verhältnis, das die Reichsbahn verpflichten könnte, ähnlich einer Bank die bei ihr durchlaufenden Gelder eines Versenders von Gütern zu betreuen, insbes. über die Gelder eine laufende Rechnung zu führen, sie zu verzinsen und sie über die für den einzelnen Frachtvertrag getroffene Verfügung hinaus allgemein bankmäßig der Verfügung des Berechtigten bereitzuhalten. Daß der Umfang des Geschäftsverkehrs zwischen Schuldner und Reichsbahn bei diesen besondere Einrichtungen kaufmännischer Art erforderte und veranlaßt hat, ist nicht behauptet und auch nicht anzunehmen, da seit der Pfändung keine Beträge zahlbar geworden sind. Es wird daher im Verhältnis zwischen Schuldner und Reichsbahn sogar kaum von einer festen Geschäftsverbindung tatsächlicher Art wie unter Kaufleuten die Rede sein können.

Hiernach besteht zwischen Schuldner und Drittschuldner auch dann noch keine feste rechtliche Beziehung, wie etwa zwischen Bank und Kontokorrentkunden, wenn die Reichsbahn auf Grund der Entgegennahme der vom Schuldner hinterlegten Verfügung bei Abschluß weiterer Nachnahmeverträge verpflichtet sein sollte, mit den in Zukunft eingehenden Geldern dieser Verfügung gemäß zu verfahren. Denn auch dann begründet die Entgegennahme der Verfügung wegen der erörterten Art und Zweckbestimmung der Bahneinrichtungen noch keine genügende Rechtsgrundlage für die Entstehung der gepfändeten zukünftigen Forderung.

Aus der erwähnten Best. des Reichsbahnbetriebes für den Massenverkehr und seiner dementsprechenden Einrichtung ergibt

sich ferner, daß im gewöhnlichen Verkehr zwischen den Güterabfertigungen der Reichsbahn und dem einzelnen Versender, wie dem Schuldner, die Pfändung zukünftiger Forderungen ohne eine solche Grundlage praktisch kaum durchführbar ist. Denn bei diesen Einrichtungen, die nach ihrer Zweckbestimmung besonders bei großen Güterabfertigungen nicht ohne weiteres auf den einzelnen Benutzer aus der Masse besonders eingestellt werden können, würde eine besondere Überwachung aller Nachnahmegelder, die in Zukunft vielleicht bei dieser Güterabfertigung für den Schuldner eingehen, nur unter größten Schwierigkeiten möglich sein. Würden derartige Pfändungen für zulässig erachtet, so könnte wegen der vermutlich recht erheblichen Anzahl verschuldeter Personen, welche Nachnahmesendungen bei der Reichsbahn aufgeben, eine für die Allgemeinheit schwer erträgliche Belastung des Reichsbahnverkehrs die Folge sein. Schon aus diesen praktischen Erwägungen besteht kein Anlaß, von den Rechtsgrundsätzen, die das RG. in RGZ. 134, 225 aufgestellt hat, abzugehen oder sie ausdehnend auszulegen.

Die von den Parteien zur Stützung ihrer Anliegen angeführten widersprechenden Meinungen, die über die Zulässigkeit der Pfändung von Ansprüchen eines RA. gegen die Gerichtskasse auf Auszahlung zukünftig entstehender Armenanwaltsgebühren geäußert sind (vgl. JW. 1933, 863; 1934, 8706; 1935, 1725; die Anmerkungen zu diesen OLGEntsch. und ferner Gaedeke: JW. 1935, 1657), bedürfen hier keiner weiteren Erörterung. Der RA. steht als ArmAnw. zum Staate oder zur Gerichtskasse rechtlich und tatsächlich in einem wesentlich anderen Verhältnis als der Versender von Nachnahmesendungen zur Reichsbahn. Besonders wegen der erörterten Eigenart des Reichsbahnbetriebes als Massenverkehrseinrichtung ist ein Vergleich der rechtlichen Auswirkungen beider Verhältnisse in bezug auf die Pfändung zukünftiger Forderungen nicht sachdienlich, namentlich, weil die Beziehungen zwischen Anwalt und Justizfiskus nicht nur rein privatrechtlicher, geschäftlicher und unpersönlicher Natur sind und weil der bei bestimmten Gerichten zugelassene Anwalt dem Justizfiskus nicht als Benutzer einer Einrichtung gegenübertritt, die für die verschiedenartigsten Bedürfnisse der großen Masse bestimmt ist. Soweit die angeführten Entsch. anderer OLG. über diese Frage die Zulässigkeit der Pfändung zukünftiger Forderungen nach anderen Voraussetzungen beurteilen als das RG. in RGZ. 134, 225 = JW. 1932, 2794 [5] (m. Anm.), sieht der Senat keinen Anlaß, von der Rspr. des RG. abzuweichen.

(OLG. Stettin, 2. ZivSen., Beschl. v. 5. März 1936, 2 W 453/35.)

## Landgerichte: Zivilsachen

**Altona**

**39.** Der Defektenbeschluß ist ein Verwaltungsakt. Mit ihm nimmt die zuständige Verwaltungsbehörde der Sache nach richterliche Aufgaben wahr. Deshalb ist die Anfechtungsklage gegen den Defektenbeschluß nicht gegen die anordnende Behörde oder den hinter ihr stehenden öffentlichen Verband, sondern gegen den angeblich geschädigten öffentlichen Dienstherrn des Beamten zu richten.†)

Der Kl. steht seit dem Jahre 1919 als Beamter in den Diensten der Gemeinde N. Ihm oblag u. a. die Führung der Gemeindekasse. Der kommissarische Leiter der Gemeinde N. behauptet, der Kl. habe verschiedene Beträge veruntreut. Auf Grund dieser Behauptung ersuchte er den Landrat des Kreises X. als Aufsichtsbehörde der Gemeinde N., gegen den Kl. einen Defektenbeschluß zu erlassen. Dieser erließ daraufhin einen Defektenbeschluß über 5000 *RM*. Der Kl. hat sodann gegen den Landrat fristgemäß Klage erhoben und beantragt, den Defektenbeschluß aufzuheben. Er bestreitet, irgendwelche Beträge veruntreut zu haben. Der Bekl. bestreitet in erster Linie seine Passivlegitimation. Er beruft sich auf eine Entsch. des OLG. Königsberg v. 26. April 1934 (5 U 254/34) und auf die von Reuß: JW. 1935, 3014 ff. und 1936, 82 ff. veröffentlichten Aufsätze, in denen die Passivlegitimation der anordnenden Behörde bzw. des hinter ihr stehenden Verbandes, hier also des Bekl., bei Anfechtungsklagen gegen einen Defektenbeschluß verneint wird. In Übereinstimmung mit seiner früheren Auffassung (3 O 275/32 und 3 O 113/33) und in Übereinstimmung mit dem OLG. Königsberg (5 U 254/34), dem OLG. Breslau (1 U 2298/34 und 1 U 420/35) und Reuß (a. a. O.) vertritt das Gericht auf Grund folgender Erwägungen die Auffassung, daß nicht der Landrat, also der Bekl., sondern die Gemeinde N., vertreten durch ihren Bürgermeister, passiv legitimiert ist:

Man hat davon auszugehen, daß der Defektenbeschluß seiner rein rechtlichen Natur nach ein Verwaltungsakt ist; denn er ist eine mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene, auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Handlung einer Verwaltungsbehörde (Fleiner, Institutionen, 8. Aufl., S. 183/4). Die Eröffnung des Rechtsweges durch § 16 DefektenVO. von 1844 stellt sich somit für die hier einzig zulässige verwaltungsrechtliche Betrachtung als die Möglichkeit einer Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt dar. Diese verwaltungsrechtliche Auffassung der Anfechtungsklage gegen einen Defektenbeschluß hat auch in der preußischen Gerichtspraxis geherrscht (OVG. 1, 421), und da § 82 PrAGGVG. ausdrücklich bestimmt, daß die Vorschriften über die Festsetzung und den Ersatz der Kassendefekte unberührt bleiben, darf auch angenommen werden, daß diese verwaltungsrechtliche Auffassung noch heute als die richtige zu gelten hat.

Danach muß man dann aber unterscheiden zwischen gestaltenden Verwaltungsakten, kurz Verfügungen genannt, und feststellenden Verwaltungsakten, kurz Entscheidungen genannt. Bei Verfügungen, dem spezifisch verwaltungsrechtlichen Mittel zur Umgestaltung der sozialen Wirklichkeit, ist grundsätzlich die die Verfügung erlassende Behörde passiv legitimiert. Bei den anfechtbaren Verwaltungsakten, die sich als Entscheidungen darstellen, ist dagegen zu beachten, daß hier materiell richterliche Funktionen von Verwaltungsbehörden vorgenommen werden, so daß angesichts dieser richterlichen Stellung, die die Verwaltungsbehörde beim Erlaß einer solchen Entscheidung — wie es auch der Defektenbeschluß ist — einnimmt, es richtig erscheint, daß in solchen Fällen im Zweifel nicht die entscheidende Behörde, sondern der sachliche Gegenspieler, der Gegenbeteiligte, der richtige Bekl. ist. Solch eine entscheidende Stelle ist im gegebenen Fall der Bekl.; er übte mit dem Erlaß des Defektenbeschlusses in dem Streit zwischen dem Kl. und der Gemeinde N. gleichsam eine richterliche Funktion aus.

Diese Auffassung vertritt auch der Reichs- und Preuß. Minister des Innern, der in einem Runderlaß v. 22. März 1935 bezüglich der Anweisung zur Ausführung der Deutschen Gemeindeordnung (MBliV. 1935 Nr. 14 S. 470) zum § 115 DGemO. verfügt: „Bei Geltendmachung derartiger Ansprüche (im Satz vorher war vom Defektenbeschluß die Rede) handelt die Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde, der auch die Kosten der Rechtsverfolgung zur Last fallen. Partei im Rechtsstreit ist danach die Gemeinde, nicht etwa die Aufsichtsbehörde."

Notfalls könnte man auch den Wortlaut des § 16 DefektenVO. von 1844 für diese Auffassung heranziehen, wo von einer „Berufung auf rechtliches Gehör" gesprochen wird. Tatsächlich stellt sich unter Betrachtung des oben angeführten Gesichtspunktes das ordentliche Gericht gegenüber dem entscheidenden Landrat als eine Art Berufungsgericht dar.

Den Erlaß des Defektenbeschlusses durch den Bekl. gleichsam als richterliche Entsch. aufzufassen, ist nicht bedenklich; ist es doch im Verwaltungsrecht durchaus möglich, daß eine verwaltungsrechtliche Stelle richterliche Funktionen ausübt. Man vergleiche z. B. früher die gerichtsähnliche Stellung des Reichsrates im Bedenklichkeitsverfahren nach § 9 StAngehG. von 1913.

Auf Grund dieser Ausführungen verneint das Gericht die Passivlegitimation des Bekl. Die Klage war daher abzuweisen.

(LG. Altona, Urt. v. 10. Jan. 1936, 3 O 142/35.)

**Anmerkung:** Die Entsch. verdient Beachtung. Zutreffend verneint sie bei Anfechtungsklagen gegen einen Defektenbeschluß die passive Sachbefugnis der anordnenden Behörde

und des hinter ihr stehenden öffentlichen Verbandes. Sie wendet sich damit gegen das vielumstrittene Urt. des RG. v. 15. Dez. 1933, III 204/33 (vgl. hierzu Daniels: BeamtJahrb. 1935, 492 ff.; Reuß: JW. 1935, 3014 ff. und 1936, 82 ff.; derselbe: BeamtJahrb. 1936, 78 ff.), dessen Unhaltbarkeit das RG. inzwischen selbst anerkannt hat (Urt. des RG. v. 8. Nov. 1935, III 136/35: JW. 1936, 723 ff. mit Anm. von Reuß; vgl. dazu auch: DJZ. 1936, 435/36, Rubrik „JurRdsch." Ziff. 3).

In dem zuletzt genannten Urt. hat das RG. den von ihm früher — im Urt. v. 15. Dez. 1933, III 204/33 — vertretenen Standpunkt „auch für den dort erörterten Fall" ausdrücklich aufgegeben. Die Einheit der Rspr. zur Frage der Passivlegitimation bei Defektenklagen kann nunmehr als gesichert gelten. Daß das RG. jetzt offensichtlich bei seiner neuesten Rechtsauffassung — Urt. v. 8. Nov. 1935, III 136/35 — beharren will, ergibt sich auch aus dem Schicksal eines im vorliegenden Fall vom Kl. zur Durchführung der Sprungrevision gegen das abgedruckte Urt. bei dem RG. eingereichten Armenrechtsgesuches: Das RG. hat dieses Gesuch durch Beschl. v. 14. Febr. 1936, III A 45/36 zurückgewiesen, weil die beabsichtigte weitere Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete; diese Versagung des Armenrechts für die beabsichtigte Sprungrevision des Kl. hat das RG. ausdrücklich damit begründet, daß es den von ihm im Urt. v. 15. Dez. 1933, III 204/33 zur Passivlegitimation vertretenen Standpunkt, auf den sich der Kl. gegenüber dem oben abgedruckten Urt. berufen hatte, im Urt. v. 8. Nov. 1935, III 136/35 aufgegeben habe.

Die tiefe Beunruhigung, die sich in den Kreisen des Beamtentums infolge der Zwiespältigkeit der Rspr. zur Frage der Passivlegitimation im Defektenprozeß breitgemacht hatte (vgl. Reuß: JW. 1936, 724 ff.), ist jetzt für die Zukunft nicht mehr begründet. Gleichwohl hat die abgedruckte Entsch. des LG. Altona keineswegs nur die Bedeutung eines „Nekrologs". Ihr besonderes Verdienst besteht vielmehr darin, daß sie den im Ergebnis zutreffenden Rechtsstandpunkt auch theoretisch sorgsam begründet hat. In dieser Hinsicht weist sie auch über die neueste Entsch. des RG. v. 8. Nov. 1935, III 136/35 weit hinaus, da das erwähnte Urt. des RG., wie ich: JW. 1936, 724 ff. gezeigt habe, zwar im Ergebnis zutreffend, in der Begründung jedoch keineswegs bedenkenfrei ist. Im Gegensatz hierzu hat sich das LG. Altona auf den Boden der allein sachgemäßen verwaltungsrechtlichen Betrachtung des Defektenprozesses gestellt und aus ihr auch für die Frage der Passivlegitimation die zutreffenden Folgerungen gezogen. In dieser theoretisch einwandfreien Begründung des Ergebnisses (vgl. Reuß: JW. 1935, 3014 ff.) liegt die Bedeutung und das Verdienst des abgedruckten Urteils.

Bedenken gegen die abgedruckte Entsch. bestehen nur insoweit, als in ihr auf § 115 DGemO. und den dazu ergangenen Runderlaß v. 22. März 1935 Bezug genommen ist. Diese Bedenken richten sich allerdings in erster Linie gegen den genannten ministeriellen Runderlaß selbst. Hierzu mag folgendes bemerkt werden: § 115 Abs. 1 DGemO. bestimmt, daß Ansprüche der Gemeinde gegen den Bürgermeister von der Aufsichtsbehörde geltend gemacht, die Kosten der Rechtsverfolgung jedoch von der Gemeinde getragen werden. Zu dieser Bestimmung führt der im abgedruckten Urt. erwähnte ministerielle Runderlaß aus: „Eine Geltendmachung derartiger Ansprüche liegt sowohl dann vor, wenn sie im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden müssen, als auch dann, wenn lediglich vorbereitende Maßnahmen eingeleitet werden. Das gilt insbesondere, wenn gegen den Bürgermeister ein sogenannter Defektenbeschluß erforderlich wird." Hieran schließt sich dann der im Urt. zitierte Satz an: „Bei Geltendmachung derartiger Ansprüche handelt die Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde, der auch die Kosten der Rechtsverfolgung zur Last fallen. Partei im Rechtsstreit ist danach die Gemeinde, nicht etwa die Aufsichtsbehörde." Diese ministerielle Erläuterung ist insoweit verfehlt, als in ihr die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde zum Erlaß eines Defektenbeschlusses aus § 115 Abs. 1 DGemO. hergeleitet wird. Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde zum Erlaß eines Defektenbeschlusses — auch gegen Bürgermeister — ergibt sich vielmehr aus § 1 DefektenVO., §§ 17, 32 ZustG. und § 9 AnpassungsG. Von der Regelung für Reichsbeamte abgesehen, ist die Einrichtung eines Defektenbeschlusses ein Institut des Landesrechts und als solches auch hinsichtlich der Zuständigkeit der anordnenden Behörde nicht vom Reichsrecht, sondern vom Landesrecht geordnet. Bei Erlaß eines Defektenbeschlusses handelt die Aufsichtsbehörde auch keineswegs, wie der zitierte Runderlaß irrtümlich behauptet, „im Namen der Gemeinde", sondern im Namen des Landes Preußen. Soweit die Aufsichtsbehörde einen Defektenbeschluß erläßt, wird sie in Ausübung der Aufsichtsbefugnisse des Landes Preußen als Behörde der allgemeinen preußischen Landesverwaltung, nicht aber als kommunales Organ tätig. Daß sie hierbei über Ansprüche der Gemeinde verfügt, steht dem nicht entgegen (vgl. Reuß: JW. 1936, 82 ff.). Wie im übrigen die Regelung des § 115 Abs. 1 DGemO. konstruktiv zu erfassen ist, kann hier im einzelnen unerörtert bleiben. Nur darauf mag hingewiesen werden, daß die Stellung der Aufsichtsbehörde im Rahmen des § 115 Abs. 1 DGemO. noch keineswegs als geklärt gelten kann. Surén-Loschelder (DGemO. Erl. 2 und 2c zu § 115) meinen, die Aufsichtsbehörde sei bei Geltendmachung von Ansprüchen gem. § 115 Abs. 1 DGemO. Vertretungsorgan der Gemeinde („Partei im Rechtsstreit ist demnach die Gemeinde, vertreten durch die Aufsichtsbehörde, da es sich um die Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinde handelt"). Die Begründung dieser Konstruktion ist keineswegs zwingend, weil die Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen keineswegs eine unbekannte Erscheinung ist (vgl. z. B. die Rechtsfigur der sog. Prozeßstandschaft). Im Gegensatz hierzu steht die Erklärung in der „Amtl. Begründung zur DGemO." (Deutsch. Reichsanz. u. Preuß. Staatsanz. 1935 Nr. 28, erste Beilage). Hier heißt es zu § 115 DGemO.: „Zur Vermeidung einer Interessenkollision und zur Sicherung der Interessen der Gemeinde wird durch den Abs. 1 vorgeschrieben, daß Ansprüche der Gemeinde gegen den Bürgermeister nicht von der Gemeinde selbst, sondern von der Aufsichtsbehörde geltend zu machen sind. Dies bedeutet, daß außer der Aufsichtsbehörde niemand die Aktivlegitimation zur Geltendmachung solcher Ansprüche besitzt." Wenn man diese Verlautbarung wörtlich ernst nehmen darf, verneint sie für den Bereich des § 115 Abs. 1 DGemO. die Parteistellung der Gemeinde und schreibt sie statt dessen der Aufsichtsbehörde zu; denn die Aktiv- bzw. Passivlegitimation ist eine für die Sachprüfung erforderliche Parteieigenschaft, nämlich das konkrete Betroffensein der Partei durch den anhängigen Rechtsstreit. Die Bejahung der Aktiv- oder Passivlegitimation ist also bei exakter Terminologie stets zugleich eine Bejahung der Parteistellung des Legitimierten. Das Wesen der Parteistellung besteht aber gerade darin, daß man prozessuale Behelfe im eigenen Namen geltend macht, mögen auch materiell fremde Rechte den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

Die Rechtsstellung der Aufsichtsbehörde im Rahmen des § 115 Abs. 1 DGemO. muß also noch tiefer durchdacht werden. Ist die Aufsichtsbehörde hier, wie Surén-Loschelder meinen, ein Vertretungsorgan der Gemeinde, das in deren Namen tätig wird? Oder hat sie — entsprechend der Rechtsfigur der Prozeßstandschaft — eine eigenständige Kompetenz zur Wahrnehmung fremder Rechte, nämlich der Rechte der Gemeinde, im eigenen Namen? Ist sie im letzteren Fall selbst — als Behörde — Partei oder ist sie nur Organ der eigentlichen Partei, nämlich des Aufsichtsträgers, des Landes Preußen? Wenn sie, wie Surén-Loschelder meinen, nur Vertretungsorgan der Gemeinde ist und somit in deren Namen handelt, wozu bedurfte es dann der ausdrücklichen Bestimmung in § 115 Abs. 1 DGemO.: „Die Kosten der Rechtsverfolgung trägt die Gemeinde"? Versteht sich das zutreffendenfalls nicht von selbst?

RA. Reuß, Berlin.

*

**Dortmund**

**40.** **Haftpflichtversicherung. Auch der durch den Versicherungsnehmer Geschädigte ist befugt, Ansprüche gegen den Versicherer auf Grund des Versicherungsvertrags geltend zu machen. Die Befugnis des Geschädigten erstreckt sich aber nur auf die Feststellung derjenigen Ansprüche, deren Verfolgung an sich dem Versicherungsnehmer auf Grund seiner vertraglichen Ansprüche zum Versicherer obliegt.**

R. hat sich durch Vertrag v. 25. Sept. 1934 bei der Antragsgegnerin gegen die Schadensfolgen der gesetzlichen Haftpflicht versichert. Am 1. Okt. 1934 ist der Antragsteller vor dem Anwesen des Gastwirts W. durch einen Schuß, der sich aus dem Jagdgewehr R.s gelöst hatte, so schwer verletzt worden, daß ihm das linke Bein amputiert werden mußte.

Der Antragsteller hat alsdann beim LG. Dortmund die ihm aus dem Unfall erwachsenen Schadensansprüche gegen R. geltend gemacht. In diesem Verfahren ist R. durch das rechtskräftige Erkenntnis v. 18. Juni 1935 verurteilt worden, die dem Antragsteller entstandenen und noch entstehenden Schäden zu ersetzen.

Daraufhin hat R., dem die Antragsgegnerin durch Schreiben v. 18. Febr. 1935 den Versicherungsschutz entzogen hatte, gegen die Antragsgegnerin Klage erhoben und verlangt, daß die Antragsgegnerin ihn von seinen sämtlichen Verbindlichkeiten gegenüber dem Antragsteller befreie. Zugleich hat er für jenen Rechtsstreit das Armenrecht nachgesucht.

Nachdem durch Beschl. v. 11. Sept. 1935, auf dessen Inhalt verwiesen wird, dem damaligen Kl. R. das Armenrecht versagt worden war, hat R. die Klage zurückgenommen. Nunmehr beabsichtigt der Antragsteller selbst gegen die Antragsgegnerin Klage zu erheben mit dem Antrage, festzustellen,

a) daß die Antragsgegnerin verpflichtet ist, ihren Verpflichtungen aus der mit R. eingegangenen Jagdhaftpflichtversicherung gegenüber dem Antragsteller nachzukommen,

b) daß die von der Antragsgegnerin gegenüber R. ausgesprochene Entziehung des Versicherungsschutzes dem Antragsteller gegenüber unwirksam ist.

Zur Durchführung dieser Klage sucht der Antragsteller das Armenrecht nach.

Das Armenrechtsgesuch ist nicht begründet.

Das Gericht vertritt die Auffassung, daß unter gewissen Umständen nicht nur der Versicherungsnehmer, sondern auch der durch den Versicherungsnehmer Geschädigte befugt ist, Ansprüche gegen den Versicherer auf Grund des Versicherungsvertrags geltend zu machen. Grundsätzlich steht das Recht zur Verfolgung solcher Ansprüche allerdings dem Versicherungsnehmer als Vertragspartei zu. Dieser Grundsatz muß jedoch dann eine Ausnahme erfahren, wenn beispielsweise der Versicherungsnehmer sich weigert, seine Ansprüche gegen den Versicherer im Wege der Klage durchzuführen, oder wenn der Versicherungsnehmer aus irgendwelchen Gründen behindert oder außerstande ist, diese Ansprüche gerichtlich zu verfolgen. So hat das RG. bereits JW. 1935, 849[1] = Warn. 1935 Nr. 25 entschieden, daß dem Verletzten die Feststellungsklage gegen die Versicherungsgesellschaft auch nach Ablauf der nach § 12 Abs. 2 VVG. bestimmten Frist dann zustehe, wenn der Versicherungsnehmer die Klage gegen seinen Versicherer nicht erhebe. Die rechtlichen Erwägungen, die zu dieser Entsch. geführt haben, werden offenbar getragen von dem Gedanken, daß der Versicherungsvertrag nicht nur den Zweck erfüllt, einen Versicherungsnehmer vor Vermögensnachteilen zu bewahren, sondern zugleich auch dem weiteren Zweck dient, dem Verletzten den bei Eintritt eines Versicherungsfalles entstandenen Schaden aus dem in der Hand des Versicherers angesammelten Vermögen zu erstatten. Dieselben Erwägungen sind für die unterzeichnete Kammer bei Beurteilung der Frage, ob dem Geschädigten das Klagerecht gegen die Versicherungsgesellschaft zusteht, auch in denjenigen Fällen maßgebend, in welchen zwischen den Parteien des Versicherungsvertrags eine gerichtliche Klärung über die Pflicht zur Gewährung des Versicherungsschutzes um deswillen nicht herbeigeführt werden kann, weil der Versicherungsnehmer aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen zur Durchführung des Prozesses nicht in der Lage ist.

Die Befugnis des verletzten Antragstellers erstreckt sich aber nur auf die Feststellung derjenigen Ansprüche, deren Verfolgung an sich dem Versicherungsnehmer auf Grund seiner vertraglichen Beziehungen zur Antragsgegnerin obliegt. Der Verletzte kann also nur die aus dem Recht des Versicherungsnehmers hergeleiteten Ansprüche geltend machen, nicht aber steht ihm kraft seiner eigenen — des Verletzten — Rechtsstellung ein selbständiger Anspruch gegen den Versicherer zu. Auch der Umstand, daß die begrüßenswerten Bestrebungen der letzten Jahre auf die Einführung einer Zwangshaftpflichtversicherung für Kraftfahrer abzielen und daß nach geltendem Recht bereits in § 23 Ziff. 7 JagdG. v. 3. Juli 1934 eine derartige Zwangsversicherung vorgesehen ist, ändert an dieser den Ausführungen des Antragstellers widersprechenden Auffassung nichts. Auch für die von dem Verletzten verfolgbaren Ansprüche können — solange eine anderweitige gesetzliche Regelung nicht getroffen ist — nur die Bestimmungen des Versicherungsvertrags maßgebend sein, wie er zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer geschlossen ist. Das erhellt z. B. ohne weiteres daraus, daß der Versicherer, der bei Nichtzahlung der Prämie von seinen Leistungen gegenüber dem Versicherungsnehmer frei wird, auch dem Geschädigten gegenüber zu irgendwelchen Leistungen nicht mehr verpflichtet sein kann. Der Antragsteller würde daher nur insoweit zur Klage berechtigt sein, als er die Feststellung verlangen könnte, daß die Antragsgegnerin auf Grund des mit R. geschlossenen Vertrags verpflichtet ist, ihren Versicherungsnehmer R. von seinen — des Antragstellers — Schadensansprüchen zu befreien. Ist das aber der Fall, so kann der Antragsteller mit jener Klage nur dann Erfolg haben, wenn dem Versicherungsnehmer R. auf Grund seines Vertrags ein inhaltlich gleicher Anspruch gegen die Antragsgegnerin zuzuerkennen ist. Ein derartiger Anspruch steht dem Versicherungsnehmer R. jedoch nicht zu. Die Frage, ob die Verletzung der dem Versicherungsnehmer R. nach § 5 Ziff. 2 der AllgVersBed. obliegenden Anzeigepflicht die Entziehung des Versicherungsschutzes rechtfertigt, kann nur dann in einer für die Vertragsparteien wie auch für den Antragsteller gerechten und billigen Weise beurteilt werden, wenn der S i n n des gesamten im § 5 a. a. O. niedergelegten Vertragsinhalts zum Gegenstande dieser Beurteilung gemacht wird. Nach § 5 Ziff. 1 a. a. O. hat beispielsweise der Versicherungsnehmer innerhalb einer Woche Anzeige über einen Versicherungsfall zu erstatten, wenn er einen Haftpflichtanspruch gegen den Versicherer erheben will. Geschieht das nicht, so ist er nach Ablauf dieser Frist seiner Ansprüche verlustig. Diese Bestimmung mag im Einzelfalle hart sein und mag bei Versäumnis der Frist unabsehbare Folgen für die an dem Unfall Beteiligten nach sich ziehen. Gleichwohl würde der Versicherungsgesellschaft nicht der Vorwurf ungerechten und unbilligen Handelns gemacht werden können, wenn die Gesellschaft in solchem Falle die Gewährung des Versicherungsschutzes weigerte. Die Versicherungsgesellschaft hat regelmäßig im Rahmen ihrer Verträge Aufgaben zu erfüllen, deren soziale und volkswirtschaftliche Bedeutung über das Interesse des einzelnen Versicherungsnehmers und des einzelnen Geschädigten weit hinausgeht. Um diesen Aufgaben ordnungsmäßig nachgehen zu können, bedarf sie vor allem gewisser in den Grenzen des VVG. bleibender Bestimmungen, die bei Eintritt eines Versicherungsfalles die Aufklärung dieses Falles und der sich aus ihm etwa ergebenden Versicherungspflicht erleichtern sollen.

Der Versicherungsnehmer wie der Geschädigte könnte sich deshalb selbst bei geringfügiger Überschreitung jener Frist nicht darauf berufen, daß die Versagung des Versicherungsschutzes eine ungerechte und dem sittlichen Allgemeinempfinden widersprechende Maßnahme sei. Ein derartiger Vorwurf wäre ebenso unberechtigt, wie beispielsweise bei Versäumnis der vom Gesetzgeber selbst vorgesehenen Rechtsmittelfristen. Auch in solchem Falle ist im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit die Weiterverfolgung eines Anspruchs grundsätzlich ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn für die einzelne Prozeßpartei eine

erkennbare Härte vorliegen mag. Dieselben Erwägungen sind auch für die Beurteilung der vom Versicherungsnehmer nach § 5 Ziff. 2 a. a. O. übernommenen Pflichten zugrunde zu legen.

Nach dieser vertraglichen Bestimmung hat der Versicherungsnehmer alles zu tun, was zur Klarstellung des Schadensfalles dient; er hat die Versicherungsgesellschaft bei der Schadensermittlung zu unterstützen, ihr ausführliche und wahrheitsgemäße Schadensberichte zu erstatten und alle Tatumstände, die auf den Schadenfall Bezug haben, mitzuteilen.

Bereits der Wortlaut dieser Bestimmung läßt eindeutig erkennen, welcher Sinn jener Bestimmung zugrunde liegt und welcher Zweck mit der dem Versicherungsnehmer auferlegten Mitteilungspflicht verfolgt wird. Im Interesse einer schleunigen und der jeweiligen Sachlage gerecht werdenden Erledigung des Versicherungsfalles ist es erforderlich, daß der Versicherungsfall so schnell und eingehend wie nur angängig geklärt wird. Regelmäßig ist der beteiligte Versicherungsnehmer in der Lage, eine genaue und der Wahrheit entsprechende Darstellung des Schadenfalles zu geben. Aus diesem Grunde ist dem Versicherungsnehmer in § 5 Ziff. 2 a. a. O. die Pflicht aufgegeben, nach Möglichkeit alles zu tun, was zur Aufklärung des jeweiligen Versicherungsfalles und zur Prüfung der Ersatzpflicht als solchen erforderlich und dienlich ist. Die Verletzung dieser Pflicht richtet sich gegen die der Versicherungsgesellschaft obliegenden Aufgaben und hat — sofern die Verletzung auf Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beruht, nach § 6 a. a. O. grundsätzlich den Verlust des Versicherungsschutzes zur Folge. Ob die Verletzung jener Pflicht im Einzelfalle die Versagung des Versicherungsschutzes nach sich zieht, muß demnach davon abhängig gemacht werden, daß die von dem Versicherungsnehmer gegebene wahrheitswidrige Darstellung des Versicherungsfalles die Maßnahmen der Versicherungsgesellschaft zur Aufklärung des Sachverhalts ungünstig beeinflußt oder die Prüfung des Schadenfalles in rechtlicher Hinsicht erschwert. Nicht dagegen kann die Verwirkung des Versicherungsschutzes auf die schuldhafte Vertragsverletzung als solche abgestellt werden, wie auch andererseits die auf eine entsprechende Anwendung des § 32 VVG. gestützte Ansicht, daß die Pflichtverletzung in jedem Falle für den Eintritt und Umfang des Schadens ursächlich sein müsse, zu weit geht. Dabei kann der vom Antragsteller angenommene Fall, daß der Versicherungsnehmer eine ihm obliegende Verpflichtung absichtlich zum Nachteil des Geschädigten verletzt, hier außer Betracht bleiben, weil ein derartiger Fall nicht zur Erörterung steht. Der Rechtsverlust nach § 6 der VersBed. tritt also immer dann ein, wenn der Verstoß des Versicherungsnehmers mit den auf die Klärung des Sachverhalts und die Prüfung der Ersatzpflicht gerichteten Entschließungen der Versicherungsgesellschaft in ursächlichem Zusammenhang steht. Das ist im Verhältnis des Versicherungsnehmers R. zu der Antragsgegnerin der Fall. R. hat nicht nur in der vorgedruckten Schadensanzeige v. 3. Okt. 1934, sondern auch bei nachträglichen schriftlichen und mündlichen Darstellungen den Hergang des Unfalles wahrheitswidrig geschildert. Er hat insbes. immer wieder erklärt, daß sich der Unfall in der „Schmorjagd" ereignet habe, während er sich in Wirklichkeit auf der angrenzenden Straße zugetragen hat. In seinem Schreiben v. 9. Okt. 1934 bestreitet R. außerdem, daß ihn irgendein Verschulden an dem Unfall treffe. Die Darstellungen R.s haben die Antragsgegnerin veranlaßt, eine Besichtigung an Ort und Stelle vorzunehmen, an der auch R. selbst teilgenommen hat. Auf Grund dieser Besichtigung, bei der R. seine bisherige wahrheitswidrige Schilderung nochmals wiederholte, hat die Antragsgegnerin ein Gutachten des städtischen Forstverwalters eingeholt, in welchem zum Ausdruck kommt, daß R. bei Zugrundelegung seiner einenen Angaben den Unfall fahrlässig herbeigeführt hat. Die Ermittelungen der Antragsgegnerin, die mit der wiederholten wahrheitswidrigen Darstellung R.s im Zusammenhang stehen, waren also einmal darauf gerichtet, den Hergang des Schadensfalles genau festzustellen und dienten andererseits dazu, der Antragsgegnerin auch die tatsächlichen Grundlagen für die rechtliche Beurteilung des Falles zu beschaffen. Der Antragsgegnerin muß es überlassen bleiben, gerade in letzterer Hinsicht die ihr maßgeblich erscheinenden Feststellungen etwa über ein Verschulden ihres Versicherungsnehmers, über ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten u. dgl. zu treffen.

Die Antragsgegnerin hat ihrem Vertragsgegner R. den Versicherungsschutz zu Recht entzogen und ist deshalb auch von ihrer Haftung gegenüber dem verletzten Antragsteller befreit. Der Umstand, daß in der Folgezeit der Antragsteller selbst oder ein Dritter die Darstellung R.s berichtigt hat, steht der Entziehung des Versicherungsschutzes nicht entgegen, weil die Tatsachen, die den Rechtsverlust nach sich zogen, bereits mit der Vertragsverletzung R.s eingetroffen waren.

(LG. Dortmund, Beschl. v. 10. Febr. 1936, 3 O H 15/36.)

## Landgerichte: Strafsachen

**Berlin**

**41.** § 36 DevVO.; § 42 DevG. Zum Begriff des besonders schweren Falls.†)

Der Angekl., der von 1921—1927 siebenmal, u. a. wegen Steuerhinterziehung, Betruges und Erpressung verurteilt worden ist, hatte sich wegen fortgesetzten Devisenvergehens in drei Fällen zu verantworten. Ihm war zur Last gelegt:

1. Eine Zuwiderhandlung gegen § 14 Abs. 1 i. Verb. m. § 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. Er hat i. J. 1932 einen Betrag von rund 20 000 RM einem Ausländer teils ohne Genehmigung ausgehändigt, teils im Inlande zugunsten des Ausländers ohne Genehmigung gezahlt. Das Geld hat er sich durch betrügerische Machenschaften von den Zeugen, den Eheleuten U., verschafft. Das Betrugsverfahren ist gem. § 154 Abs. 2 StPO. vorläufig eingestellt.

2. Eine Zuwiderhandlung gegen § 18 Abs. 2 i. Verb. m. § 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. Der Angekl. hat i. J. 1932 inländische Wertpapiere im Gegenwert von rund 5000 RM von einem Ausländer ohne Genehmigung in Zahlung genommen.

3. Eine Zuwiderhandlung gegen § 36 Abs. 4 i. Verb. m. §§ 12, 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. Der Angekl. hat die Zeugen, Eheleute U., angereizt, Gold in Schalldosen für Rundfunkgeräte, die der Zeuge U. auf Veranlassung des Angekl. exportieren sollte, in das Ausland zu versenden.

Das SchöffG. hat bei den Tatbeständen zu 1 und 3 das Vorliegen von besonders schweren Fällen bejaht und seine Annahme mit der Höhe der Beträge und der Persönlichkeit des Angekl. begründet. Es wies besonders darauf hin, daß er bereits mehrmals zu recht empfindlichen Freiheitsstrafen verurteilt worden ist, ohne daß sie ihn von der Begehung weiterer strafbaren Handlungen abzuschrecken vermocht haben. Gegenüber derartigen Elementen sei mit der ganzen Strenge der Gesetze vorzugehen.

Auf Ber. des Angekl. hat die StrK. die Ber. wegen Verurteilung im Falle 2 verworfen, im Fall 3 freigesprochen und im Fall 1 einen besonders schweren Fall verneint. Dazu führte sie aus: Ein besonders schwerer Fall liege nicht vor, da kein besonderer Schaden entstanden sei, weil der Betrag im Inland verblieben sei; es sei aber straferschwerend zu berücksichtigen, daß der Angekl. erheblich vorbestraft sei und in seiner Handlungsweise ein starker verbrecherischer Wille zum Ausdruck komme.

Auf die Rev. der StA. hat das KG. das Urteil bzgl. des Falles 1 und 3 aufgehoben. Zu den Ausführungen der StrK., daß kein besonders schwerer Fall vorliege, nimmt das KG. folgendermaßen Stellung: Die Erwägung, daß durch die Tat des Angekl. kein besonderer Schaden entstanden sei, sei zu beanstanden, weil der devisenwirtschaftliche Schaden nicht allein durch Überbringung von Zahlungsmitteln in das Ausland (§ 12 DevVO.), sondern in gleicher Weise auch durch Aushändigung von Zahlungsmitteln an Ausländer im Inland entstehe; § 36 Abs. 1 Nr. 3 DevVO. stelle die beiden Tatbestände unter die gleiche Strafvorschrift. Außerdem lasse das landgerichtliche Urteil in Ansehung des Vorliegens des besonders schweren Falls die eingehende tatsächliche Feststellung und rechtliche Würdigung vermissen, wie sie nach Lehre und Rspr. verlangt werde

(Becker: DJ. 1935, 1188; RG.: JW. 1934, 2920; JW. 1935, 204 und 2137; DJ. 1935, 1036 und 1460).

Die nunmehr erk. StrK. hat den Fall 3 für erwiesen angesehen und in diesem Fall wie im Fall 1 einen besonders schweren Fall angenommen. Im Urteil wird dazu ausgeführt:

„Was die Strafzumessung angeht, so hat das Gericht die Fälle 1 und 3 als ‚besonders schwer' i. S. der DevVO. v. 23. Mai 1932 angesehen. Im Falle 1 ist über durchaus nicht unbedeutende Vermögenswerte ohne Genehmigung der Devisenstelle verfügt worden. Daß sich nicht feststellen läßt, wieviel hiervon unmittelbar ins Ausland abgeflossen ist, schließt, wie das KG. im Anschluß an die RevBegr. der StA. ausgeführt hat, die Annahme eines besonders schweren Falles nicht aus. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, so hätte er in § 36 DevVO. nicht die Tatbestände der §§ 12 und 14 unter dieselbe Strafdrohung stellen können. Überdies ist für das Gericht die — wie betont — beträchtliche Höhe der verschobenen Vermögenswerte weniger maßgebend als die Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Angekl., wie sie sich in seinen Straftaten offenbart. Er ist ein Volksschädling übelster Art, geradezu ein Musterbeispiel für den Urgeist, der sich in dem verflossenen System in Deutschland breitmachte, skrupelloser Eigennutz und hemmungslose Geldgier sind die Motive seines Handelns. Rücksicht auf die Interessen anderer, sei es eines einzelnen, sei es der Gesamtheit, kennt er nicht. Achtung vor Recht und Gesetz ist ihm unbekannt, wenn es um seinen eigenen Vorteil geht, während er umgekehrt, wenn es sich um die Anwendung des Gesetzes gegen ihn handelt, sich dauernd beschwert, daß ihm Unrecht geschehe. Seine zahlreichen Vorstrafen haben ihn nicht abgehalten, wieder und in schlimmerer Weise strafbar zu werden. Sein Auftreten vor Gericht, das der Schöffenrichter mit dem Worte ‚unangenehm' sehr milde charakterisiert, zeigt, daß er nicht die geringste Einsicht in das Verwerfliche seines Tuns hat und daß sein verbrecherischer Wille noch nicht im mindesten gebrochen ist. Bezeichnend für die Charakterlosigkeit des Angekl. ist auch, daß er sich nicht gescheut hat, fremde ihm anvertraute Werte entgegen den Best. der DevVO. zu verschieben und somit dem Verbrechen gegen einen einzelnen ein Verbrechen gegen die Allgemeinheit folgen zu lassen.

Nach alledem muß gegen den Angekl. die ganze Strenge des Gesetzes angewendet werden. Milde würde hier dem gesunden Volksempfinden widersprechen und dem verletzten Rechtsgefühl jedes anständigen Volksgenossen ins Gesicht schlagen.

Den Fall 3 erachtet das Gericht für noch schwerer als den Fall 1. Besonders häßlich erscheint hier der Plan des Angekl., unter dem Deckmantel eines volkswirtschaftlich erwünschten Warenexports eine Verschiebung von Zahlungsmitteln vorzunehmen, die in höchstem Maße gemeinschädlich gewesen sein würde. Erschwerend fällt hier ferner — neben dem zum Fall 1 bereits Ausgeführten — ins Gewicht, daß er in seinen verbrecherischen Plan die Eheleute U. mit hineinziehen wollte, die er kurz vorher auf das schamloseste ausgebeutet hatte. Er hatte es offenbar darauf abgesehen, die Eheleute U. dadurch völlig in die Hand zu bekommen und sie sich vollends gefügig zu machen."

(LG. Berlin, Urt. v. 7. Mai 1936, 1 SS L 276/33.)

**Anmerkung:** Den Ausführungen des Urteils ist in vollem Umfang beizutreten. Die Hauptmerkmale für die Annahme eines besonders schweren Falls im Devisenrecht sind entweder die besondere bei der Tat gezeigte Ränke des Täters oder der entstandene devisenwirtschaftliche Schaden oder der verbrecherische Hang des Täters. Den vom Täter gezeigten besonders verbrecherischen Willen, der insbes. in seinen Vorstrafen zum Ausdruck kommt, hat das LG. im vorl. Fall eingehend dargestellt. Er allein genügt zur Begr. eines besonders schweren Falls im Devisenstrafrecht. Das RG. hat zu der Frage, ob der vom Täter gezeigte verbrecherische Wille allein zur Annahme eines besonders schweren Falls hinreicht, noch nicht eindeutig Stellung genommen. Während der FerSen. (RG.: JW. 1934, 2920; Urt. v. 14. Sept. 1934) diese Frage bejaht, ist der 5. Sen. (Urt. v. 17. Dez. 1934: JW. 1935, 940) dieser Auffassung entgegengetreten und hält die Annahme, daß schon die Feststellung eines besonders starken und verbrecherischen Willens die Verurteilung wegen besonders schweren Falls begründe, für rechtsirrig; das folge aus dem Wortlaut des § 263 Abs. 4 StGB., zu dem die beiden Entsch. ergangen sind. Die Strafbestimmung des § 36 DevVO., § 42 DevG. führt keine Tatsachen an, die die Annahme eines besonders schweren Falls nach Auffassung des Gesetzgebers rechtfertigen sollen, wie es in § 263 Abs. 4 StGB. geschieht. Daher besteht für das Devisenstrafrecht kein Grund, das Vorliegen eines besonders schweren Falls dann zu verneinen, wenn der Täter aus verbrecherischem Hang heraus gehandelt hat. Man kann, worauf Becker: DJ. 1935, 1188, mit Recht hinweist, nicht annehmen, daß die sog. unbenannten besonders schweren Fälle durch die beispielsweise (in §§ 263 Abs. 4, 266 Abs. 2 StGB.) aufgeführten besonderen Umstände eingeengt werden sollten. Das LG. hat daher mit Recht der Verurteilung die Gesamtpersönlichkeit des Täters zugrunde gelegt, wie sie sich in seinen Straftaten und seinem Vorleben gezeigt hat.

RegR. Dr. Baer, Berlin.

## Amtsgerichte

**Berlin**

**42.** §§ 326, 642 BGB. Die infolge gesetzlicher Regelung unmöglich gewordene Durchführung eines geplanten Unternehmens berechtigt nicht zum Rücktritt von einem Inseratenvertrage wegen Änderung der Wirtschaftslage. †)

Der Bekl. erteilte der Kl. am 8. April 1933 einen Inseratenauftrag über 500 Zeilen zum Preise von 1,30 *RM* je Zeile mit 7½% Rabatt. Nach den Geschäftsbedingungen und dem Bestätigungsschreiben der Kl. war der Auftrag innerhalb Jahresfrist abzunehmen. Nachdem der Bekl. innerhalb Jahresfrist nur 268 Zeilen abgerufen hatte, verlängerte die Kl. die Abnahmefrist für die noch offenstehenden 232 Zeilen bis 1. Sept. 1934 und erklärte zugleich die Umwandlung des Auftragsrestes in 522 Millimeterzeilen zum Preise von je 0,50 *RM*. Letztmalig verlängerte die Kl. die Abnahmefrist bis Ende des Jahres 1935. Ein weiterer Abruf erfolgte nicht mehr.

Die Kl. verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages in Höhe von 261 *RM*.

Der Bekl. wendet ein, für die Restforderung der Kl. sei eine Lieferung nicht erfolgt.

Ferner macht er geltend, ihm sei die Aufgabe weiterer Anzeigen für das von ihm geplante Siedlungsunternehmen durch das SiedlG. unmöglich gemacht worden. Es handele sich also um eine allgemeine Änderung der Wirtschaftslage, für die er nicht verantwortlich zu machen sei.

Der auf §§ 326 und 642 BGB. gestützten Klage mußte stattgegeben werden.

Der Bekl. hat innerhalb der Abnahmefrist, die ihm letztmalig bis zum 31. Dez. 1935 verlängert worden war, den Rest des Auftrages nicht abgerufen. Die Kl. ist daher berechtigt, ihre Restforderung in Höhe von 261 *RM* für 522 Millimeterzeilen als Schadensersatzforderung geltend zu machen.

Da es sich um eine Schadensersatzforderung handelt, kann der Bekl. sich nicht darauf berufen, daß die Inserate nicht erschienen seien.

Auch mit seinen sonstigen Einwendungen kann der Bekl. nicht durchdringen. Der Bekl. hat den Auftrag über 500 Zeilen fest erteilt, ohne sich ein Kündigungsrecht vorzubehalten. Die Änderung der Siedlungsgesetzgebung und die dadurch bedingte Änderung seiner wirtschaftlichen Lage gibt dem Bekl. gleichfalls kein Recht zum Rücktritt vom Vertrage.

Der Kl. steht daher infolge der Nichtabnahme der restlichen Anzeigen durch den Bekl. eine Schadensersatzforderung zu.

Die Höhe der Schadensersatzforderung ist richtig berechnet; denn sie besteht in derselben Höhe wie die restliche Inseratenforderung.

Da die Kl. durch das Fortlassen der Anzeigen keine Aufwendungen gespart hat, sie vielmehr ohne besondere Unkosten

in der Lage gewesen wäre, die Anzeigen des Bekl. neben den sonst erschienenen Anzeigen aufzunehmen, ist ihr ein Schaden in Höhe der Restforderung von 261 *RM* entstanden.

(AG. Berlin, Urt. v. 19. März 1936, 172 C 257/36.)

**Anmerkung:** Das Urteil entspricht der leider wohl immer noch herrschenden Rechtsprechung. Den Klageanspruch aus § 326 und § 642 BGB. zu begründen, ist insofern bedenklich, als jener aus Schuldnerverzug Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dieser aus Annahmeverzug eine angemessene Entschädigung gewährt und sich beide also ausschließen. Außerdem müssen die Verleger bei diesen Vorschriften beweisen, daß der Schaden oder die angemessene Entschädigung dem vereinbarten, vollen Preis gleichkommt, obwohl keine Anzeigen erschienen sind. Die Ansprüche auf den vollen Preis für nicht rechtzeitig abgerufene und deshalb nicht erschienene Anzeigen werden daher meistens richtiger aus der Unmöglichkeit nach § 324 BGB. oder aus einer Kündigung des Verlegers nach §§ 643, 645 BGB. oder des Bestellers aus § 649 BGB. abgeleitet. Dazu verweise ich auf meine früheren Ausführungen[1]).

Wie dort gezeigt ist und auch hier wieder zutrifft, ist das Ergebnis, daß der Besteller für die nicht erschienenen Anzeigen genau soviel und, wenn der Rabatt — wie meistens schon wegen des Verzugs — wegfällt, sogar noch mehr als für die erschienenen Anzeigen bezahlen muß, ohne daß auf den Grund der Nichtabnahme eingegangen wird. Solche Entsch. werden dann dem gesunden, deutschen Rechtsempfinden nicht oder nur schwer verständlich sein. Die Ursache und damit die Möglichkeit der Abkehr von dieser Rspr. ist darin zu finden, daß wir die aus einer vergangenen liberalistischen und individualistischen Weltanschauung entstandenen und verstandenen Vorschriften von der Unmöglichkeit, dem Verzug und dem Werkvertrag noch zu sehr im alten Geist und nicht aus unserem Gemeinschaftsdenken heraus anwenden. Die Parteien stehen sich nicht mehr als Vertrags„gegner" gegenüber, die ihre individuellen Ansprüche bis zum letzten ohne Rücksicht auf den anderen verfolgen, sondern als Vertrags„genossen", die „das gemeinsam gesetzte Ziel im gemeinsamen Zusammenwirken verfolgen"[2]). Daraus erwächst zunächst eine größere Anforderung an die Vertragstreue[3]). Aber andererseits ermöglicht dieser Gemeinschaftsgedanke eine Abkehr von der starren Schadensersatzpflicht. Und er gibt den Weg zum Rücktritt von Dauerverträgen aus wichtigem Grunde[4]). Ein solches Rücktrittsrecht, auch beim Werkvertrag, war schon früher in Schrifttum und Rspr. anerkannt, wenn auch über die Abgrenzung Zweifel bestehen und bestanden[5]). Diese Gedanken sind neu zu prüfen und zu beleben. Denn nur darin sehe ich einen Weg, gerade bei den laufenden Anzeigenverträgen auf die Gründe eingehen zu können, aus denen der Besteller die Anzeigen nicht abrufen konnte, so daß hier zu prüfen war, ob er tatsächlich nur wegen der Änderung der Siedlungsgesetzgebung die Anzeigen nicht abrufen konnte. Ohne dieses gerade im Gemeinschaftsgedanken wurzelnden Rücktrittsrechts wegen veränderter Umstände ist ein Eingehen auf die Gründe der Nichtabnahme der Anzeigen und damit ein Weg zu einer billigen und volksnahen Rspr. auch weiter deshalb nicht möglich, weil der Verleger einwenden würde, daß nur ein Anzeigenraum bestellt ist, der mit irgendeinem zulässigen Text hätte abgenommen werden können. Ich denke nicht daran, eine Einrede der mangelnden Zahlungsfähigkeit (exc. deficientis pecuniae) zu befürworten, sondern will nur zu zeigen versuchen, daß trotz unserer Unmöglichkeits-, Verzugs- und Werkvertragsvorschriften und der Tatsache, daß kein bestimmter Anzeigentext, sondern nur ein Anzeigenraum bestellt ist, geprüft werden kann und muß, aus welchem Grunde die Anzeigen nicht abgenommen sind.

[1]) JW. 1933, 2807.

[2]) Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, Mohr, Tübingen 1933, S. 16.

[3]) Lange a. a. O. S. 18.

[4]) ders. a. a. O. S. 17.

[5]) Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderten Umstände, Franz Vahlen, Berlin 1933 u. d. dort. Angaben; auch Örtmann, Geschäftsgrundlage 1921; RGZ. 103, 328 = JW. 1922, 702.

Wenn sich dann herausstellt, daß kein Rücktrittsrecht besteht, verlangt aber die angedeutete Auffassung vom Zusammenwirken der Vertragsgenossen weiter eine strengere und andere Prüfung nicht nur der bisher allein von Sachverständigen beantworteten Frage, ob der Verleger trotz des Nichterscheinens der Anzeigen nichts erspart hat, sondern auch, ob er tatsächlich durch andere Verwendung seiner Arbeitskraft nichts erworben hat und erwerben konnte. Von Fall zu Fall nach den jeweiligen Verhältnissen des Bestellers und Verlegers wird man an die Verpflichtung beider Vertragsgenossen, die Anzeigen abzunehmen oder seine Arbeitskraft anderweit einzusetzen, Ersatzanzeigen zu schaffen, den richtigen Maßstab anlegen und unschwer die Voraussetzungen für die jeweils richtige und angemessene Vergütung feststellen können.

AGR. Dr. J. Haack, Altenburg i. Thür.

## Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

****43.** § 2 ArbOG.; §§ 824, 826, 831 BGB. **Die dienstvertragliche Treupflicht endet mit dem Vertrage, soweit nicht besondere Umstände die Lösung der vertraglichen Pflichten teilweise aufhalten. Unrichtig ist deshalb die Annahme, daß jeder Dienstvertrag die Verpflichtung in sich trage, auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses dem Angestellten bei Bewerbungen kein Hindernis zu bereiten. Wohl aber ist die Erteilung einer sachlich nicht begründeten Auskunft über einen Stellung suchenden früheren Angestellten sittenwidrig und verpflichtet zum Schadensersatz nach §§ 824, 826 BGB. Erfordernisse des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB.**

In RArbG. 2, 64 = JW. 1928, 2931 ist die Frage, ob der Arbeitgeber in Nachwirkung des Dienstvertrags verpflichtet sei, dem früheren Angestellten nach Beendigung des Dienstverhältnisses die Hindernisse aus dem Wege zu räumen, die ihm bei der Bewerbung um eine neue Stelle entgegenstünden, für den Fall behandelt, daß der Geschäftsherr während der Vertragsdauer solche Hindernisse durch Vereinbarung mit einem anderen Geschäftsherrn ohne Wissen des Angestellten geschaffen hat. Hier handelte es sich also um eine Vertragsverletzung während der Vertragsdauer, die in die Zukunft wirkte. In RArbG. 13, 344 (ArbRSamml. 20, 158 = JW. 1934, 1259[1]) ist erwogen, ob dem Arbeitgeber noch nach Beendigung des Dienstverhältnisses auf Grund des Dienstvertrags eine Auskunftserteilung zugunsten des Angestellten zuzumuten sei, um ihn bei der Bewerbung um eine neue Stelle nicht zu behindern. Dabei war die Entsch. auf die besondere Gestaltung des Arbeitsvertrages abgestellt und ausgeführt, daß besondere Umstände im Einzelfall geeignet sein können, eine solche Verpflichtung des Geschäftsherrn in Nachwirkung des Dienstvertrags zu begründen. Hier ist also eine besondere, wenn auch nur aus den Umständen zu entnehmende Vereinbarung vorausgesetzt, die während der Vertragsdauer für die Zeit nach der Lösung des Arbeitsverhältnisses eingegangen ist.

Die vorl. Klageforderung beruht aber, soweit sie sich auf Vertragsrecht stützt, auf der Annahme, daß jeder Dienstvertrag — aus dem Gedanken der Treupflicht — die Verpflichtung in sich trage, auch nach der Beendigung des Dienstverhältnisses dem Angestellten bei Bewerbungen um eine neue Stelle kein Hindernis zu bereiten. Es wird nicht eine besondere Vereinbarung während der Vertragsdauer unterstellt, die in die Zukunft wirkt, sondern aus dem Wesen des Dienstvertrags abgeleitet, daß er in gewissen Beziehungen die Vertragsparteien für immer aneinander bindet. Solche Nachwirkungen des Vertrags, die mit Abschluß des Dienstvertrags entstünden, ohne auf einer besonderen Vereinbarung zu beruhen, können nicht anerkannt werden. Die Klage verwechselt dabei die rechtlich in den Best. über Sittenwidrigkeit enthaltene Pflicht, einen an-

deren nicht zu schädigen, mit der vertraglichen Treupflicht, die mit dem Vertrag ihr Ende finden muß, soweit nicht besondere Umstände, so wie sie in den angeführten Entsch. des RArbG. vorgelegen haben, die Lösung der vertraglichen Pflichten teilweise trotz der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufhalten. Gewiß ist die nachträgliche Auskunftserteilung insofern eine tatsächliche Nachwirkung des Arbeitsvertrags, als der Geschäftsherr ohne das Arbeitsverhältnis nicht um die Auskunft angegangen würde und sie nicht geben könnte. Allein aus dieser tatsächlichen Beziehung folgt nicht eine Fortdauer der Vertragspflichten, sondern eben die allgemeine Pflicht, die abgelaufenen Vertragsbeziehungen nicht zu einer rechtlich sittenwidrigen Schädigung des früheren Vertragsgegners zu mißbrauchen, eine Pflicht, die sich auch bei anderen früheren Vertragsverhältnissen ergeben kann und nicht in dem Wesen des Dienstvertrags begründet ist.

Es kann sich bei dem Anspruch der Kl. also nur um eine außervertragliche Verpflichtung handeln, deren Verletzung als unerlaubte Handlung verboten ist, und die die Bekl. nicht nach § 278, sondern nach § 831 BGB. zu vertreten hat. Die Auskunft des Filialleiters B., daß die Kl. sich sehr oft unkorrekt, zuweilen sogar unsittlich benommen habe, verstieß nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils gegen § 824, ja selbst gegen § 826 BGB. Denn zum Vorsatz genügt, daß der Täter sich bewußt war, daß seine Handlung den schädigenden Erfolg haben wird, und daß er sie dennoch will (RGWarn. 1914, 122), und die Erteilung einer sachlich nicht begründeten und durch die Umstände nicht gebotenen Auskunft über einen Stellung suchenden früheren Angestellten widersprach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, verstieß also gegen die guten Sitten (JW. 1914, 83[14]).

Gegen die Haftung aus § 831 kann der Geschäftsherr den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 führen. Dazu hat er auch darzutun, daß er sich fortdauernd über die Eignung des Angestellten vergewissert hat (RGZ. 78, 107 = JW. 1912, 240; RGZ. 87, 1 [4] = JW. 1915, 510). Allgemeine Anführungen, daß über die Zuverlässigkeit des Angestellten nie ungünstige Beobachtungen gemacht wurden, reichen nicht aus (RGWarn. 1911 Nr. 30). Der Beweis, daß die erforderliche Aufsicht geübt worden ist, muß in Beziehung zu dem schädigenden Vorkommnis erbracht werden. Zu der Leitung der Verrichtungen des Angestellten gehört seine Unterweisung über den Umfang und die Art der Erfüllung seiner Aufgaben (RGZ. 96, 81 [83] = JW. 1919, 721). Dieser Entlastungsbeweis kann in aller Regel nicht mit der Erwägung abgeschnitten werden, daß sich aus der schädigenden Handlung selbst die Unzulänglichkeit der Auswahl und Leitung ergebe. Denn sonst wäre in jedem Falle fehlerhaften Verhaltens eines Angestellten der Entlastungsbeweis überhaupt unmöglich. Aus dieser rechtsirrigen Einstellung hat es das BG. unterlassen, weitere Feststellungen über Aufsicht und Leitung des Filialleiters durch die Bekl. zu treffen.

Die Einlassung der Bekl., daß B. mit der Auskunft seine Befugnisse überschritten habe, spricht nicht dagegen, daß er in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen gehandelt hat. Die Anfrage gelangte an ihn als den Filialleiter der Bekl. und er gab die Auskunft in seiner Eigenschaft als Filialleiter. Diese Einlassung der Bekl. könnte aber die Vermutung nahelegen, daß sie B. in der Einhaltung seines Aufgabenkreises nicht ausreichend überwacht und unterwiesen hat. Ob die Bekl. dieser Pflicht nachgekommen ist, ist bisher nicht erhoben. Die Feststellungen sind daher zu ergänzen. Zu diesem Zweck ist aufzuheben und zurückzuverweisen.

(RArbG., Urt. v. 21. März 1936, RAG 303/35. — Berlin.)

*

****44.** § 32 ArbOG. Verzicht auf Tariflohn ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich zulässig. †)

Unter der Herrschaft der TarVO. hatte die Rspr. des RArbG. einen Verzicht auf verdienten Tariflohn grundsätzlich — auch während bestehenden Arbeitsverhältnisses — für zulässig erklärt. Diesen Standpunkt hat es in RArbG. 15, 151 = JW. 1935, 3177[26] (m. Anm.) mit Rücksicht auf die durch das ArbOG. geschaffene Rechtslage verlassen, soweit ein Verzicht während bestehenden Arbeitsverhältnisses in Frage kommt. Es ist dabei die Erwägung maßgebend gewesen, daß nach dem ArbOG. einerseits nicht mehr der TarVertr., sondern die Betriebsordnung des Einzelbetriebes die Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist, daß aber andererseits, sofern Tarifordnungen in Frage kommen, diese nicht mehr Ergebnisse der Machtkämpfe von Interessentengruppen sind, sondern von einer objektiven, staatlichen Stelle nach sachverständiger Prüfung unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und Leistungsfähigkeit der betroffenen Betriebe erlassen werden, und daß dieser staatlichen Stelle durch die Strafandrohung des § 22 ArbOG. die Möglichkeit an die Hand gegeben ist, die Entstehung und Durchführung der Lohnansprüche, soweit sie in Tarifordnungen als Mindestlöhne festgesetzt sind, zu sichern. Der autoritative Charakter, der den Anordnungen des Treuhänders der Arbeit insbes. auch bei der Festsetzung und Überwachung der Durchführung der Tarifordnungen zukommt, ließ es nach Sinn und Zweck der durch das ArbOG. getroffenen Regelung nicht angängig erscheinen, eine Durchkreuzung dieser Anordnungen durch Vereinbarungen des einzelnen Unternehmers mit dem einzelnen Gefolgsmann in Form von Erlaßverträgen auch über verdiente Lohnteile zuzulassen. Diese für die Annahme der Unzulässigkeit eines Tariflohnverzichts während bestehenden Arbeitsverhältnisses maßgebend gewesenen Erwägungen vermögen es aber nicht zu rechtfertigen, die Unzulässigkeit auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich und allgemein anzuerkennen. Der Grundsatz der Unabdingbarkeit des Tariflohnes dient in erster Linie dem Schutze des Arbeiters und Angestellten selbst. Indem diesen für die Dauer des Arbeitsverhältnisses ein bestimmtes Arbeitsentgelt als Mindestlohn gesichert ist, wird ihnen in dem Arbeitsverhältnis eine von äußeren Einflüssen (wirtschaftlicher Druck usw.) unabhängige und damit auch den Arbeitsfrieden innerhalb der Betriebsgemeinschaft gewährleistende Stellung geschaffen. Das Bedürfnis nach einem solchen Schutz entfällt, wenn mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die aus ihm sich ergebenden Bindungen und Rücksichtnahmen weggefallen sind. Der Arbeiter oder Angestellte ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner Entschließung, ob und inwieweit er auf verdienten Tariflohn verzichten will, von denjenigen Rücksichtnahmen, die ihn während bestehenden Arbeitsverhältnisses bestimmen konnten, zu verzichten, nicht mehr abhängig. Wenn im Schrifttum auf die Möglichkeit verwiesen wird, ein Arbeiter könne in seiner Entschließung auch nach beendetem Arbeitsverhältnis sehr wohl durch die Aussicht auf eine spätere Wiedereinstellung oder auf eine Empfehlung oder sonstige Förderung dazu bestimmt werden, so wird es sich doch immer nur um Einzelfälle handeln, die ein Bedürfnis, auch nach beendetem Arbeitsverhältnis die Möglichkeit eines Verzichts allgemein und grundsätzlich auszuschließen, nicht zu begründen vermögen. Ebensowenig kann aus Gründen des allgemeinen oder staatlichen Interesses die Durchführung des Grundsatzes der Unabdingbarkeit über den Zeitpunkt der Beendigung des einzelnen Arbeitsverhältnisses hinaus als notwendig angesehen werden. Insbes. besteht ein solches Bedürfnis nicht aus dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung der Autorität des Treuhänders der Arbeit als der zur Durchführung und Überwachung der Tarifordnungen und der Erhaltung des Arbeitsfriedens zuständigen staatlichen Stelle. Die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung dieser Autorität verbietet es allerdings, eine Durchkreuzung der Anordnungen des Treuhänders durch Vereinbarungen des einzelnen Unternehmers mit seinen Beschäftigten während bestehenden Arbeitsverhältnisses in Form von Erlaßverträgen auch über verdiente Lohnteile zuzulassen. Hier muß im Einzelfalle das Interesse des einzelnen Berechtigten an einem Verzicht hinter dem Interesse der Allgemeinheit, des Staates und der Wirtschaft an einer gleichmäßigen Durchführung der festzusetzenden Mindestlöhne zurücktreten. Ist aber die Betriebsgemeinschaft zwischen Unternehmer und Gefolgsmann durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgehoben, so vermag eine nunmehr im Einzelfalle erfolgende Vereinbarung zwischen den nicht mehr im Gemeinschaftsverhältnis der Betriebsgemeinschaft zueinander stehenden Personen weder die Autorität des Treuhänders zu beeinträchtigen, noch

den allgemeinen Arbeitsfrieden zu stören oder etwa eine unlautere Konkurrenz unter den tarifgebundenen Betrieben zu unterstützen. Dem ArbOG. selbst kann nichts entnommen werden, was dafür spräche, daß es die Unabdingbarkeit des in Betriebsordnung oder Tarifordnung festzusetzenden Mindestlohnes auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus habe gewahrt wissen wollen. Es erklärt im § 30 die Best. der Betriebsordnung für die Betriebsangehörigen und ebenso im § 32 Abs. 2 Satz 1 die Best. der Treuhänder für die von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse als Mindestbedingungen für rechtsverbindlich, enthält sich aber jeder weiteren Erläuterung der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Es kann aber nicht angenommen werden, daß das Gesetz mit der von ihm getroffenen Lohnregelung Entstehung und Durchführung des durch Tarifordnung oder Betriebsordnung festgesetzten Mindestlohnes in einem weiteren Umfange hat sichern wollen, als das Interesse der Allgemeinheit, der Staatsautorität oder des einzelnen Gefolgsmannes dies erfordern.

Ist hiernach ein Erlaßvertrag über verdienten Tariflohn oder Teile eines solchen nach beendetem Arbeitsverhältnis grundsätzlich zulässig, so sind gegen die Annahme des LArbG., daß die Kl. im vorl. Falle auf einen nach dem TarVertr. ihr etwa zustehenden höheren Lohnanspruch verzichtet habe, Rechtsbedenken nicht zu erheben. Zwar befaßt sich das angefochtene Urteil nicht des näheren mit dem Inhalt und der Bedeutung der von der Kl. im Quittungsbuch der Bekl. unterschriebenen Erklärung; indessen kann daraus, daß diese Erklärung vom LArbG. als Ausgleichsquittung bezeichnet und im Anschluß daran die grundsätzliche Frage der Rechtswirksamkeit eines Tariflohnverzichts nach beendetem Arbeitsverhältnis überhaupt erörtert worden ist, unbedenklich gefolgert werden, daß das LArbG. in der Erklärung nicht nur ein einfaches Empfangsbekenntnis dahin, daß alle geschuldeten Leistungen erfolgt seien, erblickt hat, sondern ein nach Abrechnung getroffenes Übereinkommen der Parteien, daß das Dienstverhältnis nunmehr restlos erledigt sei, und daß die Kl. aus ihr nichts mehr zu fordern haben solle (vgl. RArbG. 14, 180 = JW. 1934, 2804[1]). Diese Auslegung der Erklärung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie entspricht um so mehr dem mutmaßlichen Willen der Parteien, als die Erklärung auch den Empfang der Papiere mitumfaßt, was gleichfalls erkennen läßt, daß mit dieser Erklärung ein das ganze Arbeitsverhältnis erledigender Schlußstrich hat gezogen werden sollen. Daß eine solche nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellte Ausgleichsquittung vielfach einem praktischen Bedürfnis entspricht und regelmäßig, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, auch keine asoziale Maßnahme darstellt, ist bereits in der vorerwähnten Entsch. hervorgehoben. Auch die Kl. hat selbst nicht etwa geltend gemacht, daß sie unter irgendeinem Druck gehandelt habe, und das LArbG. stellt überdies fest, daß der Verdacht eines asozialen Verhaltens der Bekl. nicht gegeben sei. Freilich würde in einer Ausgleichsquittung ein auch den Tariflohn umfassender Verzicht dann nicht erblickt werden können, wenn der Verzichtende nicht gewußt haben sollte, daß ihm ein Anspruch auf höheren Tariflohn zustehe. Im vorl. Falle hat die Kl. sich aber gegenüber dem Hinweise der Bekl. auf die Ausgleichsquittung überhaupt nicht einmal darauf berufen, daß ihr das Bestehen des ihren Lohnanspruch regelnden TarVertr. und die Höhe des Tariflohnes nicht bekannt gewesen seien.

**(RArbG., Urt. v. 18. März 1936, RAG 296/35. — Stettin.)**

**Anmerkung:** Die wichtige Frage, ob auf tariflich begründete Ansprüche wirksam verzichtet werden kann, ist nunmehr im wesentlichen geklärt. Unter der Geltung der TarVO. v. 23. Dez. 1918 und 1. März 1928 hatte das RArbG. bis zuletzt an der vielfach und heftig bekämpften Lehre festgehalten, daß Erlaßverträge über Tariflohnansprüche auch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zulässig seien, sofern es sich um bereits verdiente, aber noch nicht bezahlte Lohnteile handelte. Für das heutige Recht dagegen hat der höchste Gerichtshof diese Auffassung aufgegeben, wie in dem grundlegenden Urt. v. 13. Juli 1935 (RArbG. 15, 151 = JW. 1935, 3177[26] m. Anm. von W. Franke) ausführlich dargelegt ist; hiernach kann während der Dauer des Arbeitsverhältnisses auf tarifliche Ansprüche wirksam nicht verzichtet werden. Darüber, ob nach beendetem Arbeitsverhältnis solche Erlaßverträge zulässig sind, hat dieses Urteil sich nicht ausdrücklich ausgesprochen. Aus den dort vom RArbG. entwickelten Gedanken konnte aber, wie W. Franke a. a. O. zutreffend ausgeführt hat, ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß gegen die Zulässigkeit des Tariflohnverzichts nach beendetem Arbeitsverhältnis grundsätzlich nichts einzuwenden ist, insbes. weil durch einen Verzicht zu diesem Zeitpunkte weder das Interesse der Gruppengemeinschaft, zu deren Schutz die Tarifordnung erlassen worden ist, noch die Autorität des Treuhänders der Arbeit berührt wird. Die vorstehende Entsch. bestätigt nunmehr die Auffassung von W. Franke in vollem Umfang.

Die Frage wird am häufigsten praktisch im Fall der Ausgleichsquittung, wie er hier vorliegt, und im Fall des Prozeßvergleichs. Zu beachten bleibt, daß im Einzelfall — darauf weist die Entsch. besonders hin — eine abweichende Beurteilung Platz greifen kann. Hierbei ist namentlich an die Nichtigkeit eines Erlaßvertrags wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB. und an die Anfechtbarkeit einer Verzichtserklärung wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung gemäß §§ 119 ff. BGB. zu denken.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

****45.** §§ 157, 242 BGB.; § 32 ArbOG. Einwand der allgemeinen Arglist gegenüber der Geltendmachung unverzichtbarer Tarifansprüche. †)

Das LArbG. hat zugunsten des Kl. angenommen, daß ein bestimmter als Tarifordnung weiter in Geltung gebliebener TarVertr. auf das Angestelltenverhältnis des Kl. bei der Bekl. anzuwenden war, und daß der Kl. hiernach in der Zeit vom 1. Jan. bis 30. Juni 1935 das von ihm geltend gemachte Tarifgehalt zu beanspruchen hatte. Dementsprechend ist es davon ausgegangen, daß dem Kl. für den bezeichneten Zeitraum an Tarifgehalt die Summe von 661,25 RM mehr zustand, als ihm gezahlt worden ist. Gleichwohl hat es den vom ArbG. zuerkannten Teilbetrag von 275,25 RM abgewiesen, weil es angenommen hat, der Kl. verstoße in dem vorliegenden besonderen Falle nach Treu und Glauben, wenn er die Nachzahlung des Tarifgehaltes verlange.

Die Rev. ist unbegründet.

Die besondere Sachlage, die der Entsch. des LArbG. als Grundlage gedient hat, war folgende: Im Vorprozeß hatte der Kl. bereits geltend gemacht, daß er sein Tarifgehalt nicht erreiche; es war unter den Parteien streitig, wie der Kl. einzugruppieren sei und wie hoch sich dementsprechend sein Tarifgehalt belaufe. Das bildete aber nicht den einzigen Streitpunkt. Vor allem handelte es sich auch darum, ob der Kl. damals mit Recht von der Bekl. entlassen war oder das Arbeitsverhältnis noch weiter fortbestand. In dem Vergleiche vom 1. Aug. 1934 hat die Bekl. die von ihr ausgesprochene fristlose Entlassung zurückgenommen und sich zur Weiterbeschäftigung des Kl. unter Aufbesserung seiner bisherigen Bezüge verpflichtet. Der Kl., der damals bereits fünf Monate im Geschäft tätig gewesen war und dem infolgedessen die Geschäftsverhältnisse, namentlich auch soweit sie seine eigene Tätigkeit betrafen, völlig bekannt waren, hat den Vergleich in der Erwartung angenommen, daß er mit den aufgebesserten Bezügen das nach seiner Meinung ihm zustehende Tarifgehalt erreichen werde. Er ist seit dem Abschlusse des Vergleiches bis zu seiner am 2. Juli 1935 erfolgten, vom ArbG. rechtskräftig als berechtigt anerkannten fristlosen Entlassung von der Bekl. gegen Auszahlung der aufgebesserten Bezüge weiterbeschäftigt worden. Er hat also auf der Grundlage des Vergleiches die von der Bekl. übernommene Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung voll in Anspruch genommen. Auf der anderen Seite weigert er sich aber, für denselben Zeitraum, für den er diesen Vorteil des Vergleiches bereits genossen hat, die Folgerungen daraus zu ziehen, daß er im Vergleich das Risiko, ob er mit den neu vereinbarten Bezügen das Tarifgehalt erreichen werde, bewußt auf sich genommen hat, versucht vielmehr, wie das LArbG. mit Recht hervorhebt, dieses von ihm

damals übernommene Risiko nachträglich auf die Bekl. abzuwälzen. Bei dieser Sachlage kann es ganz unerörtert bleiben, ob, wie das LArbG. angenommen hat, der Kl. nach der Art seiner Tätigkeit an sich Anspruch auf das von ihm beanspruchte Tarifgehalt gehabt hätte; es braucht hier auch nicht zu der von dem LArbG. berührten Frage Stellung genommen zu werden, ob und inwieweit der Verzicht auf Tariflohn in einem Prozeßvergleich wirksam ausgesprochen werden kann. Auch wenn — entsprechend der Auffassung des LArbG. — zugunsten des Kl. für die Rev. unterstellt wird, daß ihm das beanspruchte Tarifgehalt an sich zustand, daß er auch in dem Prozeßvergleich auf dieses Tarifgehalt für die Zeit seiner Weiterbeschäftigung bei der Bekl. nicht wirksam verzichten konnte, so handelte der Kl., wie das LArbG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles doch in hohem Maße arglistig, wenn er die durch den Vergleich für ihn geschaffene günstige Lage der Weiterbeschäftigung bei der Bekl. voll ausnutzte, gleichwohl sich aber nachträglich für denselben Zeitraum auf die Nichtigkeit der Vergleichsvereinbarung berief, soweit es sich um die ihn belastenden Folgerungen aus dem Vergleich handelte, zumal nicht einmal ausdrücklich ein untertarifliches Gehalt vereinbart worden war, vielmehr der Kl. selbst von der Erwartung ausgegangen war, er werde mit den vereinbarten Bezügen das Tarifgehalt erreichen, also bewußt das Risiko der Erreichung des Tarifgehaltes auf sich genommen hatte. Unter den hiernach obwaltenden Umständen muß es in der Tat als einem gesunden Volksempfinden zuwiderlaufend und mit Treu und Glauben nicht vereinbar bezeichnet werden, wenn der Kl. versucht, durch Ber. auf die Unabdingbarkeit des Tariflohnes und eine sich möglicherweise daraus ergebende Nichtigkeit eines durch den Abschluß des Prozeßvergleiches etwa ausgesprochenen Verzichts auf ein höheres Tarifgehalt sich den Folgen des von ihm in dem Vergleich hinsichtlich der Erreichung des Tarifgehalts übernommenen Risikos zu entziehen, nachdem er zunächst im übrigen die Erfüllung durch die Bekl. voll in Anspruch genommen hat. Gegenüber einem solchen Verhalten hat das LArbG. dem Kl. mit Recht in Ansehung der Geltendmachung des Klageanspruches den Rechtsschutz versagt.

(RArbG., Urt. v. 18. März 1936, RAG 265/35. — Breslau.)

**Anmerkung:** Die Entsch. ist besonders wichtig, weil sie die in der höchstrichterlichen Rspr. entwickelte Lehre vom Einwand der unstatthaften Rechtsausübung (exceptio doli generalis, Einrede der allgemeinen Arglist) in bemerkenswerter Weise fortbildet (vgl. meine Anm. zu JW. 1934, 1260 [2]).

Das RG. hat es früher für unstatthaft erklärt, wenn jemand das aus einem Vertrag Empfangene (Darlehnsbetrag, gekaufte Ware) behalten, jedoch die entsprechende Gegenleistung (Rückzahlung des Darlehns, Zahlung des Kaufpreises) unter Berufung auf § 139 BGB. verweigern will (RGZ. 91, 359). Ähnlich liegt der Fall der Bereicherungsklage auf Grund eines nichtigen Vertrags; ihr steht der Einwand der Arglist entgegen, wenn der Kl. die Gegenleistung voll ausgenutzt hat (RGZ. 135, 374 = JW. 1932, 2972 [5] m. Anm.). Namentlich auch gegenüber der Verjährungseinrede kann der Einwand durchgreifen, und hier genügt zu seiner Begr. die Berufung auf ein früheres Verhalten des Schuldners, durch das er — sei es auch unabsichtlich — dem Gläubiger nach verständigem Ermessen Anlaß gab, von einer Unterbrechung der Verjährung durch Klagerhebung abzusehen (RGZ. 145, 239 = JW. 1935, 197 mit Anm. von Lechner). Die letztgenannte Entsch. betont, daß die Anspruchsverjährung nicht nur Interessen des Schuldners dient, sondern auch im öffentlichen Interesse zum Schutz des Rechtsverkehrs geschaffen ist, der klare Verhältnisse braucht und deshalb vor einer Verdunkelung der Rechtslage bewahrt bleiben soll, daß aber das öffentliche Interesse an der Durchführung der Verjährungsbestimmungen dem ebenfalls das Gemeinwohl berührenden Interesse an Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr nachgeordnet ist.

Ebenso läßt nun das RArbG. in vorl. Fall das Gemeininteresse an der Unabdingbarkeit der Tarifnormen hinter das Gemeininteresse an Aufrechterhaltung von Treu und Glauben zurücktreten. Dem Anspruch des Kl. auf Nachzahlung des vollen Tariflohns, auf den er vergleichsweise verzichtet hatte, wird der Rechtsschutz versagt, weil er die Gegenleistung — Wiedereinstellung nach vorausgegangener fristloser Entlassung — voll ausgenutzt hatte. Vielleicht darf man auch hier ein Durchdringen der neuen Rechtsauffassung feststellen (vgl. dazu bes. die Anm. von Stoll zu JW. 1934, 351 [7]).

Bemerkenswert ist noch, daß das RArbG. die Frage, ob und inwieweit der Verzicht auf Tariflohn in einem Prozeßvergleich wirksam ausgesprochen werden kann, unentschieden läßt, vielmehr lediglich zugunsten des Kl. unterstellt, daß er in dem vorl. Prozeßvergleich auf das Tarifgehalt nicht wirksam verzichten konnte. Nach der Entsch. RAG 296/35 v. 18. März 1936 = JW. 1936, 2424 [44], hält das RArbG. einen Verzicht auf Tariflohn nach beendetem Arbeitsverhältnis grundsätzlich für zulässig. Der vorl. Fall liegt insofern eigenartig, als das Arbeitsverhältnis zwar fristlos gelöst war, die Parteien aber in einem Vorprozeß sich dahin verglichen hatten, daß die Entlassung zurückgenommen wurde unter Aufbesserung der Bezüge, jedoch ohne Rücksicht darauf, ob der Kl. damit den Tariflohn erreichte. Es ist zu hoffen, daß das RArbG. noch Gelegenheit findet, die Frage des Tariflohnverzichts auch für solche Grenzfälle zu klären.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

**46.** Der Urlaubsanspruch stellt sich rechtlich als ein Teil des Vergütungsanspruchs für geleistete Arbeit dar. Wenn die Gewährung von Freizeit wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist, so tritt die Verwandlung des ursprünglichen Urlaubsanspruchs in den Abgeltungsanspruch ohne Rücksicht auf die Art der Beendigung ein.

Es ist zu prüfen, ob der Kl. der nach der ständigen Rspr. des RArbG. (vgl. RArbG. 3, 130) in dem Urlaubsanspruch hilfsweise enthaltene Anspruch auf Urlaubsabgeltung zusteht.

Das LArbG. verneint das, indem es annimmt, mit der Austrittserklärung der Kl. am 25. Juni 1935 sei für sie auch „der Erwerb eines Anspruchs auf Freistellung von der Arbeit überhaupt entfallen", ein unmittelbarer Erwerb des Abgeltungsanspruchs sei aber ausgeschlossen, und indem es weiter meint, daß eine andere Auffassung weder mit dem Urlaubsrecht noch mit den einschlägigen Tarifbestimmungen vereinbar sei. Diese Auffassung beruht auf Rechtsirrtum.

Irrig ist zunächst schon der Ausgangspunkt. Zwar kann der Anspruch auf Urlaubsabgeltung nicht unmittelbar erworben werden. Er ist nur ein Hilfsanspruch und setzt voraus, daß der Urlaubsanspruch mit seinem ursprünglichen Inhalt, der Freistellung von der Arbeit unter Weiterzahlung des Lohnes, bereits erworben war. Dieser Erwerb war aber nach den in Betracht kommenden Tarifbestimmungen für die Kl. bereits mit dem Ablauf des 23. Juni 1935 eingetreten. Offen blieb zunächst nur der Zeitpunkt, in dem sie Erfüllung dieses Anspruchs fordern konnte, nämlich die Zeit der Urlaubsgewährung. Der Urlaubsanspruch in seinem ursprünglichen Inhalt bestand hiernach bereits, als die Kl. am 25. Juni 1935 bei der Bekl. „austrat". Es handelt sich also nicht um die Frage eines unmittelbaren Erwerbes des Anspruchs auf Urlaubsvergütung.

Das LArbG. scheint ferner die Ansicht zu vertreten, daß vom Standpunkte der neueren Entwicklung des Urlaubsrechts aus an Stelle des ursprünglichen Anspruchs auf Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Lohnes eine Urlaubsabgeltung mindestens dann nicht gewährt werden könne, wenn der an sich Urlaubsberechtigte die Unmöglichkeit der Freizeitgewährung „zu vertreten habe". Dementgegen ist grundsätzlich an der bisherigen Rspr. festzuhalten, daß, wenn die Gewährung von Freizeit wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmöglich ist, mangels entgegenstehender Tarifbestimmungen die Verwandlung des ursprünglichen Urlaubsanspruchs in den Abgeltungsanspruch ohne Rücksicht auf die Art der Beendigung des Arbeitsvertrags eintritt (vgl. RArbG. 3, 306 und RAG 242/35 v. 7. Dez. 1935 = JW. 1936, 1238 [33] m. Anm.). Wesen und Zweck des Urlaubs gehen (vgl. z. B. RArbG. 3, 331 = JW.

1929, 2374 [2] m. Anm.) dahin, dem Arbeiter nach einer längeren ununterbrochenen Tätigkeit eine Freizeit zu gewähren, die er zu seiner Erholung benutzen soll, um neu gekräftigt zur Arbeit wieder zurückkehren zu können. Dem LArbG. ist zuzugeben, daß dieser Erholungszweck des Urlaubs, dessen Verwirklichung von der Seite des Arbeiters aus gesehen zugleich den Schutz seiner Gesundheit fördern soll, bei der Betrachtung und Behandlung des Urlaubsanspruchs in neuerer Zeit noch mehr als bisher in den Vordergrund getreten ist. Daraus ergibt sich aber lediglich die Forderung, daß Betriebsführer und Gefolgschaftsmitglied, Unternehmer und Arbeiter darauf Bedacht zu nehmen haben, die Verwirklichung des Urlaubs in seiner ursprünglichen Form nach Möglichkeit sicherzustellen. Diese Forderung muß durchgeführt werden und wird durchgeführt werden können in allen Regelfällen, in denen das Arbeitsverhältnis wenigstens bis zum Ende der Urlaubszeit fortdauert. Sie ändert aber nichts daran, daß der Urlaubsanspruch seinem rechtlichen Inhalt nach ein doppelter ist, und daß er sich rechtlich als ein Teil der Vergütung des Arbeiters für die in der Vergangenheit geleistete Arbeit darstellt. Demgemäß muß es dabei bleiben, daß der bereits erworbene Urlaubsanspruch, wenn, wie hier, die Gewährung von Freizeit wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist — gleichgültig aus welchem Grunde die Beendigung eintritt —, grundsätzlich, d. h. wenn und soweit nicht abweichende Tarifbestimmungen dem entgegenstehen, nicht verlorengeht, sondern in der seinem rechtlichen Inhalt entsprechenden Hilfsform, der Zahlung der Vergütung allein, zu verwirklichen ist.

(RArbG., Urt. v. 11. März 1936, RAG 9/36. — Nürnberg-Fürth.)

*

****47.** § 70 HGB. Vorstrafen wegen Vermögensdelikten, von denen der Unternehmer nach der Anstellung Kenntnis erhält, können einen wichtigen Grund zu fristloser Entlassung eines Bankangestellten abgeben. Das StraftilgungsG. v. 9. April 1920 steht dem nicht entgegen.

Der Kl. ist i. J. 1925 wegen Körperverletzung und Widerstandes, i. J. 1931 wegen Betrugs und i. J. 1932 wegen Urkundenfälschung und Betrug bestraft worden. Sämtliche Strafen sind durch Amnestie erlassen. Weiter wurde der Kl. wegen Betrugs in fünf Fällen durch Urt. des AG. in H. v. 17. Nov. 1931 zu einer Gesamtgefängnisstrafe von drei Monaten verurteilt. Seine Berufung wurde verworfen, doch erwirkte er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Bevor es zur Hauptverhandlung kam, wurde das Verfahren auf Grund der §§ 5, 7, 10 des Ges. über Straffreiheit vom 20. Dez. 1932 eingestellt, weil die Tat aus wirtschaftlicher Not begangen sei. Nachdem der Kl. sich um Anstellung als Bankbeamter bei der Bekl. beworben hatte, wurde ihm ein Fragebogen zur Ausfüllung und Ergänzung seines Bewerbungsgesuches zugestellt. Der Fragebogen, den er am 25. Aug. 1933 ausgefüllt und unterschrieben hat, endet mit dem Vordruck: „Ich versichere hiermit, die vorstehenden Angaben wahrheitsgemäß und vollkommen gemacht zu haben, und erkenne das Recht der X.-Bank, Filiale Hannover, an, mich nach erfolgter Anstellung ohne Kündigung sofort zu entlassen, sollte sich herausstellen, daß ich wesentliches in vorstehenden Rubriken unrichtig angegeben oder verschwiegen habe." Der Kl. hat in dem Fragebogen die Frage „Disziplinare, polizeiliche oder gerichtliche Bestrafung" mit „keine" beantwortet. Er ist von der Bekl. am 11. Sept. 1933 als Bankbeamter angestellt worden. Nachdem die Bekl. die Vorstrafen des Kl. erfahren hatte, hat sie ihn am 29. April 1935 fristlos entlassen.

Der Kl. enthält die Entlassung für unberechtigt. Er macht geltend, die Vorstrafen habe er nicht anzugeben brauchen, weil nach einer Mitteilung des PolPräs. v. 24. Juli 1935 über die Vorstrafen nur eine beschränkte Auskunft hätte erteilt werden dürfen. Er hat auf Feststellung geklagt, daß seine fristlose Entlassung rechtsunwirksam sei.

Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Die Vorderrichter gehen davon aus, daß der beklagten Bank, die fremde Gelder zu verwalten habe, nicht zugemutet werden könne, unter ihren Angestellten einen wegen Eigentumsvergehen mehrfach vorbestraften Mann zu beschäftigen. Denn es bestehe solchenfalls die große Gefahr, daß neue Eigentumsvergehen im Betriebe erfolgten. Auch ihren Kunden gegenüber sei die Bank schuldig, einen so vorbestraften Angestellten nicht weiter zu beschäftigen. Die Kunden würden sich von der Bank zurückziehen, wenn sie die Beschäftigung eines so vorbestraften Angestellten erfahren würden. Deshalb suche sich die Bank gegen die Einstellung Vorbestrafter zu schützen, indem sie dem Bewerber um eine Stellung die Frage nach Vorstrafen im Fragebogen vorlege und sich für den Fall wahrheitswidriger oder unvollkommener Beantwortung das Recht der fristlosen Entlassung nach erfolgter Anstellung vorbehalte. Der Kl. habe sich ohne weiteres sagen müssen, daß die Fragestellung den Schutz der Bekl. gegen die Anstellung solcher Beamter bezwecke, die wegen Eigentumsvergehen vorbestraft seien. Er habe daher die gegen ihn von den Gerichten erkannten Vorstrafen angeben müssen, obgleich sie auf Grund der Amnestiegesetze erlassen worden seien. Auf das Gesetz über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister könne sich der Kl. gleichfalls nicht berufen. Denn mit der Beschränkung der Auskunft über Straftaten werde bezweckt, sie in polizeilichen Führungszeugnissen nicht mehr erscheinen zu lassen, also nicht jedem Dritten, ganz gleichgültig, ob dieser danach frage oder nicht, Kenntnis von den Straftaten zu geben. Da aber der Kl. ausdrücklich nach Vorstrafen gefragt worden sei, habe er diese angeben müssen. Die Entlassung des Kl. sei hiernach aus einem doppelten Gesichtspunkt gerechtfertigt, einmal, weil er die Frage nach den Vorstrafen in Kenntnis ihrer wesentlichen Bedeutung falsch beantwortet habe und für diesen Fall der Bekl. die Berechtigung zur sofortigen Entlassung des Kl. vertraglich eingeräumt worden sei, sodann aber auch, weil die Bekl. einen so vorbestraften Mann wie den Kl. überhaupt nicht in ihrem Betriebe dulden könne.

Das BG. hat die Berechtigung der Bekl. zur Entlassung des Kl. nicht nur aus der falschen Beantwortung der gestellten Frage hergeleitet, sondern einen wichtigen Grund zur Entlassung des Kl. darin gefunden, daß dieser überhaupt Straftaten der erwähnten Art zu den angegebenen Zeiten begangen hat. Es geht davon aus, daß wegen der besonderen Art des Betriebes der Bekl. aus den angeführten Gründen der Kl. darin nicht habe belassen werden können. Die Frage, ob Umstände der vorliegenden Art einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung eines Bankangestellten abgeben können, muß bejaht werden. Aus dem Ges. v. 9. April 1920 läßt sich in dieser Beziehung nichts entnehmen. Es kommt hier um so weniger in Betracht, als bei der Entlassung des Kl. die Verurteilungen noch nicht fünf Jahre zurücklagen. Da konnte das BG. annehmen, daß der Kl. eben wegen seiner Straftaten für den Bankbetrieb der Bekl. ungeeignet war und sofort entlassen werden mußte. Bei der Beurteilung der Frage, ob er entlassen werden mußte, sind nicht nur seine Belange zu berücksichtigen, sondern in erster Linie die Belange der Bekl. und der Volksgenossen, die dieser ihre Gelder anvertrauen. Gerade unter Abwägung dieser Belange ist das BG. zu dem Ergebnis gekommen, daß die Entlassung des Kl. berechtigt gewesen sei.

Hiernach braucht nicht dazu Stellung genommen zu werden, ob die Entlassung des Kl. auch auf Grund der vertraglichen Vereinbarung über das Entlassungsrecht der Bekl. wegen der falschen Beantwortung der Frage nach gerichtlichen Bestrafungen berechtigt ist. Dem BG. ist jedenfalls darin beizupflichten, daß dann, wenn eine Bank den Bewerber um Anstellung nach solchen Strafen in der Form fragt, wie es hier geschehen ist, und an die falsche Beantwortung die Berechtigung zur Entlassung knüpft, der Bewerber offen Auskunft geben muß und sich nicht darauf berufen kann, er sei zur Auskunft nicht verpflichtet gewesen.

(RArbG., Urt. v. 7. März 1936, RAG 228/35. — Hannover.)

*

**48. § 13 SchwBeschG. Die Hauptfürsorgestelle kann die Zustimmung zur Entlassung eines Schwerbeschädigten vorläufig, unter Vorbehalt endgültigen Bescheids nach weiteren Erhebungen, verweigern. Wird nachträglich die Zustimmung erteilt, so hat sie nicht rückwirkende Kraft

Der Kl., Schwerkriegsbeschädigter, wurde als Amtsvollziehungs- und Gerichtsvollziehergehilfe für die Gemeinde S. mit einer vierteljährlichen Kündigungsfrist angestellt. Am 28. März 1935 wurde ihm zum 30. Juni gekündigt. Der Antrag des Amtsverbandes F. in F. an die Fürsorgestelle F., die Kündigung zu genehmigen, ging dort am 29. März ein. Mit Bescheid v. 2. April 1935 lehnte die Hauptfürsorgestelle in O. die Zustimmung zur Kündigung des Kl. vorläufig ab, behielt sich aber vor, nach Abschluß weiterer Ermittlungen auf die Angelegenheit zurückzukommen. Durch Bescheid vom 29. Juni 1935 erteilte sie unter Aufhebung des Bescheides v. 2. April die Zustimmung zur Kündigung.

Das Verfahren der Hauptfürsorgestelle ist nicht gesetzlich unzulässig. Es besteht kein Grund, von der bisherigen Rspr. in RArbG. 5, 148 = JW. 1930, 3148 abzugehen. Sicher bezweckt § 13 Abs. 1 Satz 5 SchwBeschG. die rasche Behebung der Ungewißheit der Kündigung, und es muß deshalb die Regel bleiben, daß die Hauptfürsorgestelle bestrebt ist, in 14 Tagen eine bindende Entscheidung zu treffen. Allein es liegt unter Umständen nicht nur im Interesse des Arbeitgebers, sondern auch des Gefolgsmanns, daß der Entscheidung eingehende Erhebungen vorausgehen. Denn ihre Ausschließung könnte die Hauptfürsorgestelle bei pflichtgemäßer Prüfung der in der kurzen Zeit erreichbaren Grundlagen auch zu einem zustimmenden Bescheid veranlassen, der bei weiterer Untersuchung der Umstände nicht erteilt worden wäre. Wenn sich die Hauptfürsorgestelle einer Äußerung mangels genügender Unterlagen überhaupt enthält, hat nach § 13 Abs. 1 des Ges. der Gefolgsmann den Nachteil der Fristbeschränkung zu tragen.

Die vorläufige Verweigerung der Zustimmung unter dem Vorbehalt eines weiteren Bescheides kann weder als nichtig mit der Folge, daß die Zustimmung als erteilt zu gelten hat, noch als endgültig angesehen werden. Die Kündigung ist ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft. Allein auch die Abhängigkeit von der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nach § 13 fügt zwar nicht eine Bedingung im Rechtssinne, aber doch eine ähnlich wirkende Aussetzung ihrer Rechtswirksamkeit hinzu. Sie läßt die Rechtswirksamkeit der Kündigung bis zur Entscheidung der Hauptfürsorgestelle und gegebenenfalls des Schwerbeschädigtenausschusses nach § 21 SchwBeschG. in Schwebe. Nicht anders ist die Wirkung des vorläufigen Bescheids mit dem Vorbehalt einer weiteren Verfügung. Die Kündigung wird durch den vorläufigen Bescheid nicht vernichtet, wenn auch noch nicht bestätigt.

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Kündigung durch die schließlich erteilte Zustimmung der Hauptfürsorgestelle wirksam wird, hat das Urt. des RArbG. a. a. O. offen gelassen. Sie kann mit Dersch in den Anmerkungen zu dem Urt. (BenshSammI. 8, 271) nur dahin beantwortet werden, daß die Wirksamkeit dann nicht mit rückwirkender Kraft, sondern erst von der Bestätigung durch die Hauptfürsorgestelle an eintritt. Sonst würde der Zweck des SchwBeschG. insoweit vereitelt, als es dem Schwerbeschädigten eine angemessene Frist zur Aufsuchung eines neuen Arbeitsplatzes gewährleistet. Die vorläufige Verweigerung der Zustimmung bewirkt also zwar nicht die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung überhaupt, aber doch ihre zeitliche Unwirksamkeit bis zur endgültigen Entscheidung. Wollen die Parteien den Schwebezustand nicht auf sich nehmen, so steht ihnen der Beschwerdeweg nach § 21 des Ges. offen. Verzichtet der Arbeitgeber auf die Beschwerde, so gibt er damit zu erkennen, daß er zwar von der Kündigung nicht zurücktritt, aber mit der Hinausschiebung ihrer Wirksamkeit einverstanden ist. Zu denselben Ergebnissen ist das RArbG. im Urt. v. 15. Jan. 1936, 260/35: JW. 1936, 1241 gekommen. Dort hatte der zuständige Minister auf Beschwerde gegen die Versagung der Zustimmung zur Kündigung durch die Hauptfürsorgestelle die Zustimmung unter der Bedingung erteilt, daß dem Kl. ein anderer angemessener Arbeitsplatz gesichert sei. Die Kündigung wurde deshalb nicht als unwirksam erachtet, aber als wirksam erst mit dem Zeitpunkt, in dem der Kl. nach der nachträglichen Entscheidung der Hauptfürsorgestelle einen angemessenen Arbeitsplatz erhalten hatte.

Der endgültige Bescheid der Hauptfürsorgestelle wurde den Vertragsparteien am 29. oder spätestens 30. Juni 1935 zugestellt. Von da an war die Kündigung wirksam, von da an konnte aber auch erst die vierteljährliche Kündigungsfrist zu laufen beginnen. Bis zu ihrem Ablauf hatte der Kl. Fortzahlung des Lohnes zu beanspruchen.

(RArbG., Urt. v. 29. Febr. 1936, RAG 2/36. — Oldenburg.)

*

**49. §§ 1, 3, 9 PrSparkassenVO. v. 20. Juli u. 4. Aug. 1932. Die Beamten und Angestellten der preußischen Sparkassen sind Beamte und Angestellte des Gewährverbandes (d. i. der Gemeinde oder des Gemeindeverbandes), dem allein die Regelung der Dienstbezüge zusteht.

Der Kl. ist bei der Zweigstelle A. der bekl. Kreissparkasse angestellt. Am 5. Dez. 1933 beschloß der Vorstand der Bekl. mit Zustimmung des Landrats als Vorsitzenden des Kreisausschusses, allen bei den Filialen und Geschäftsstellen beschäftigten Beamten und Angestellten den Unterschiedsbetrag zwischen dem Wohnungsgeldzuschuß der für W. maßgeblichen Sonderklasse und dem des Dienstorts als Dienstaufwandsentschädigung für Fahrtkosten, besondere Verkehrsspesen und besonderen Verpflegungsaufwand zu zahlen. Die Zahlungen wurden aus einem besonderen Dienstaufwandsfonds der Bekl. bestritten. Auf Weisung des RegPräs. an den Landrat vom 14. Juni 1935 wurde die Zahlung eingestellt. Die Klage auf Zahlung des Unterschiedsbetrags ist abgewiesen.

Nach der MinVO. über die Sparkassen sowie die kommunalen Giroverbände und kommunalen Kreditinstitute vom 20. Juli und 4. Aug. 1932, die sog. SparkassenVO. (GS. 241, 275), § 9 Abs. 1 sind die bei der Sparkasse beschäftigten Beamten und Angestellten Beamte und Angestellte des Gewährverbandes, das ist nach § 3 das. der Gemeinde oder des Gemeindeverbandes, von denen die Sparkasse betrieben wird (§ 1). An diesem Rechtszustand ist durch die Umwandlung der Sparkasse in eine selbständige Körperschaft des öffentlichen Rechts nichts geändert worden (Nr. 9 DurchfBest. zur SparkassenVO. v. 12. Aug. 1932 [MBliV. 817] i. d. Fass. der Best. zur Änderung der DurchfBest. v. 23. Dez. 1932 [MBlWuA. 1933, 7]). Nach § 9 Abs. 3 SparkassenVO. gehören zwar die Dienstbezüge der Beamten und Angestellten zu den Geschäftsunkosten der Sparkasse, die mit dem Erwerb der Rechtsfähigkeit Inhaberin des Sparkassenvermögens geworden ist (§ 2 SparkassenVO.). Aber die Beamten und Angestellten sind dadurch nicht in ein Dienstverhältnis zu der Sparkasse getreten.

Daraus folgt, daß die Regelung der Dienstbezüge Sache des Gewährverbandes geblieben ist, daß also die Dienstbezüge der Angestellten sich nach den zwischen ihnen und dem Gewährverband etwa vereinbarten besonderen Anstellungsbedingungen oder nach der einschlägigen TarO. zu richten haben. Die Dienstaufwandsentschädigungen gehören zu den Dienstbezügen, gleichviel, ob sie nach Art und Umfang als Gehaltsteil anzusprechen sind, können demnach ebenfalls nur von dem Gewährverband als der Anstellungsbehörde zugestanden werden. Eine andere als die Anstellungsbehörde kann ohne Vereinbarung mit ihr nicht Dienstbezüge für Dienste gewähren, die ihr nicht geleistet werden, wenn der Angestellte auch auf Grund besonderer Rechtsverhältnisse zwischen den beiden Behörden im Dienst der anderen Behörde verwendet wird.

Offenbar aus dieser Erwägung hat der RegPräs. die Einstellung der Zahlung verfügt. Er hat damit nicht einen Rechtsanspruch des Kl. aufheben wollen, sondern festgestellt, daß ein solcher Rechtsanspruch nicht besteht. Das ArbG. hat die Zu-

sicherung als Bestandteil des Dienstvertrages angesehen. Die Bekl. hat daraus irrtümlich geschlossen, daß sie für die Klage nicht passiv legitimiert sei. Es handelt sich aber nicht um die prozessuale Legitimation, sondern darum, daß die Bekl. sachlich zu einer Ergänzung der Dienstbezüge nicht legitimiert war, und daß deshalb die mit ihr getroffene Vereinbarung einer Abgeltung für die der Anstellungsbehörde geleisteten Dienste auch in der Form der Dienstaufwandsentschädigung und aus eigenen Mitteln ohne Rechtsgrund geschehen und nicht rechtswirksam geworden ist.

(RArbG., U. v. 13. Mai 1936, RAG 38/36. — Altona.)

## Arbeitsgerichte

**Hamburg**

**50.** Wenn das Verhalten eines Gefolgschaftsmitgliedes die Kündigung unter Innehaltung der ordnungsmäßigen Kündigungsfrist für den Betriebsführer nicht zumutbar erscheinen läßt, auf der anderen Seite der Kündigungsgrund aber auch nicht so schwerwiegend ist, daß ein „wichtiger Grund“ vorliegt, so kann das Gericht eine Kündigung mit einer den Verhältnissen angemessenen Frist in freier richterlicher Rechtsschöpfung zulassen.†)

Der Kl. war im Betrieb der Bekl. als Küfermeister von November 1913 bis Oktober 1935 in Stellung. Während der Kriegszeit war das Beschäftigungsverhältnis wegen des Heeresdienstes des Kl. unterbrochen. Er ist 30% kriegsbeschädigt.

Dem Kl. ist am 4. Okt. 1935 fristlos gekündigt worden. Die Bekl. stützt die Kündigung auf die Tatsache, daß der Kl. mehrere Male trotz wiederholter Vermahnung betrunken in den Dienst gekommen sei. Der Kl. führt zu seiner Entschuldigung an: 22jährige Beschäftigung im Keller bei elektrischem Licht im Alkohol von morgens bis abends, starke Arbeitsüberlastung (300 Überstunden in einem Jahr), wenig Urlaub, nervöse Schlaflosigkeit.

Der Kl. beantragt Widerruf der Kündigung bzw. Lohnzahlung v. 30. Sept. 1935 bis 30. Juni 1936.

Die Bekl. ist unter Abweisung der Klage im übrigen verurteilt, an den Kl. Lohn bis 31. Dez. 1935 zu zahlen.

Auszugehen ist für die Entsch. von der Tatsache, daß der Kl. einschließlich der Unterbrechung durch die Kriegsjahre seit 22 Jahren im Betriebe der Bekl. tätig ist.

Die Arbeit des Kl. spielte sich in den etwa zwei Jahrzehnten in einem Lagerkeller im Freihafen ab, und zwar ständig bei elektrischem Licht und in alkoholgeschwängerter Luft. Der Kl., der heute 45 Jahre alt ist, hat demnach seine besten Jahre im bekl. Unternehmen gelassen. Es ist richtig, was die Bekl. an die Spitze ihrer Erwägungen stellt, daß der Betriebsführer selbst den Kl. eindringlich verwarnt hat. Darin kann sich aber einem so langjährigen Mitarbeiter gegenüber die hier auch erziehliche Fürsorgepflicht des Betriebsführers den Gefolgschaftern und Betriebskameraden gegenüber keineswegs erschöpfen. Der Betriebsführer in einem doch nicht sehr großen Betriebe muß sich darüber klar sein, wenn einer seiner Gefolgschafter in Gefahr gerät, durch äußere Umstände unterzugehen. Der Kl. ist unverheiratet und steht in der Welt allein. Er hat während der ganzen Jahre berufsmäßig mit Alkohol zu tun. Er verbringt sein Tagewerk im Keller in schlechter Luft bei künstlichem Licht. Die Arbeit muß mindestens zeitweise ziemlich schwer und auf der anderen Seite auch wohl zum Teil dringlich gewesen sein. Der Prokurist der Bekl., der die Weinabteilung leitete, erscheint nicht als der geeignete Mann, um fürsorglich den ihm unterstellten Mitarbeitern in der Meisterung der Lebensführung zu helfen, sich das Herz und das Vertrauen der Beschäftigten zu erobern. Wenn er an der Betriebsstätte selbst erschien, so kam er aus dem Kontor und aus einer anderen Welt. Wenn sich der Kl. in seiner inneren Not ihm nicht erschloß, so kann das nicht verwunderlich erscheinen. Um so mehr bedurfte es des Aufsuchens des Vertrauens des Kl. und seiner menschlichen Betreuung. Die rein formale Tatsache der Warnung bedeutet nicht die Erfüllung fürsorglicher Betreuungspflicht durch die oder von seiten der Betriebsführung.

Es soll in keiner Weise verkannt werden, daß der Kl. der Sache nach ständig gegen seine Betriebspflicht verstoßen hat. Er weiß das selbst und gibt es zu. Er hat aber das Empfinden, daß die Umstände, unter denen er schuldig wurde, als Milderungsgründe für ihn erachtet werden müssen. Was die Bekl. unterließ, ist schon oben gesagt worden. Darüber hinaus hat sie auch insofern nicht richtig gehandelt, daß sie die Hemmungsmotive des Kl. gegen seine erworbene Schwäche nicht dadurch verstärkte, daß sie ihm nicht zunächst die langfristige ordentliche Kündigung aussprach, unter in Aussichtstellung der Zurücknahme, wenn er sich bis zum Fristablauf wiedergefunden hätte, sondern daß sie ihn stattdessen zu einem bestimmten Zeitpunkt plötzlich aus dem Betriebe stieß. Das Interesse der Allgemeinheit erheischt, daß hier eine Arbeitskraft und ein Mensch vor dem Zugrundegehen und vor der Verzweiflung bewahrt wird. Die Nächste dazu ist die Bekl., die durch Jahrzehnte hin die Arbeitskraft und also die Lebenszeit des Kl. entgegennahm und nutzte.

Das Gericht will der Bekl. nicht verwehren, den Platz anderweitig zu besetzen und die Betriebsgemeinschaft mit dem Kl. zu lösen. Das Gericht hofft und erwartet, daß, wenn diese Lösung in verständiger Form erfolgt, diese Maßnahme den Kl. bewegt, von seinem Wege abzulassen und das Steuer seiner Lebensführung wieder fest in die Hand zu bekommen. Zum Widerruf will daher die Kammer die Firma nicht zwingen.

Auf der anderen Seite billigt das Gericht in Erwägung aller in Betracht kommenden Umstände dieses Falles der Bekl. nicht das Recht zur sofortigen Auflösung des langjährigen Vertragsverhältnisses zu. Damit nimmt das Gericht den Standpunkt ein, daß der Kündigungsgrund der Bekl. zwar nicht wichtig genug ist, um eine sofortige Auflösung des Vertragsverhältnisses herbeizuführen, daß aber wohl ein wichtiger Grund vorliegt, um den Vertrag mit einer angemessenen Frist zu kündigen. Zwar spricht das Gesetz lediglich von einer Kündigung ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist. Gemeint ist aber mit dieser Bestimmung nur die sofortige fristlose Aufkündigung des Vertrages. Das Gericht hat früher Bedenken getragen, in freier Auslegung das Kündigungsrecht dahin zu verstehen, daß zwischen das Recht der sofortigen fristlosen Vertragslösung und das ordentliche Kündigungsrecht eine Berechtigung und Verpflichtung zur Vertragslösung mit angemessener Frist aus wichtigem Grunde einzuschieben ist.

Diese Bedenken stützen sich auf das Bedürfnis nach formaler Gleichheit und Vermeidung einer gewissen Unsicherheit der Beurteilung (formelle Rechtssicherheit). Diese Bedenken sind heute nicht mehr am Platze. Von enger Wortbindung weiß das Gericht sich frei. Die Rechtsanwendung bedarf der „Freiheit vom Wort“. An die Stelle der Forderung formaler Gleichheit der Gesetzesnorm (im Interesse der so verstandenen Rechtssicherheit) tritt im Gebiete des Sozialrechts das Bedürfnis nach sachlicher Gerechtigkeit der Rechtsanwendung in jedem Einzelfall. Das Wort des Gesetzes erweitert sich dergestalt zum Sinn des Rechts, das Wurzel und Widerhall aus dem Volke empfängt. Willentlich und wissentlich legt das Gericht heute das Gesetz frei gestaltend dahin aus, daß in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen (neben der außerordentlichen entfristeten Kündigung) eine außerordentliche, angemessen befristete Kündigung zuzulassen ist. Das gilt ganz besonders dann, wenn die Parteien an eine längere als die regelmäßige Kündigungsfrist gebunden sind, und die sofortige Vertragslösung und Entlassung eine unbillige Härte bedeuten würde. Die Beurteilung, wann ein solcher besonderer Ausnahmefall vorliegt, ist prinzipiell in keinem größeren Maße reine Tatfrage und nur unter besonderer Berücksichtigung sämtlicher Umstände jedes Einzelfalles in freier richterlicher Würdigung möglich als das Urt. des Gerichts darüber, ob im Einzelfalle überhaupt ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt oder nicht. Es entscheidet in beiden Hinsichten allein das Urt. darüber, ob nach Lage der Umstände die Vertragsfortsetzung

als zumutbar zu erachten ist oder nicht (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. Bd. I § 56, IX und X).

So gelangt das Gericht zu der Feststellung, daß die Bekl. dem Kl. gegenüber eine Übergangszeit innehalten muß, während der er sich innerlich und äußerlich umstellen und insbes. andere Facharbeitsgelegenheiten aufsuchen kann, das heißt, die Bekl. bleibt zur Fortzahlung der Vergütung v. 30. Sept. 1935 bis zum 31. Dez. 1935 verbunden, während die weitergehenden Ansprüche des Kl. für die Zeit bis zum 30. Juni 1936 abzuweisen sind. Die vom Gericht der Bekl. zugebilligte Kündigung aus wichtigem Grunde, aber mit angemessener Frist bei Berücksichtigung der zweiundzwanzigjährigen Betriebsverbundenheit des Kl. und der tatsächlichen Bedingungen seiner Arbeitsleistung beendet daher das Vertragsverhältnis der Parteien mit dem Jahresschluß 1935 endgültig.

(ArbG. Hamburg, Urt. v. 13. Nov. 1935, 12 Ca Nr. 254/35.)

**Anmerkung:** Es ist eine alte Streitfrage, ob neben der außerordentlichen fristlosen Kündigung auch eine außerordentliche befristete Kündigung des Arbeitsverhältnisses zuzulassen sei. Bei besonders langfristigen Arbeitsverhältnissen hat die Praxis vielfach das Bedürfnis empfunden, eine vorzeitige Kündigung mit gesetzlicher Frist zu ermöglichen, wenn Gründe vorlagen, die zwar zu einer sofortigen Lösung nicht ausreichend waren, es aber doch unzumutbar erscheinen ließen, das Verhältnis bis zum Ablauf der Vertragszeit durchzuhalten. Man hat das Problem auch dahin formuliert, daß es Fälle gebe, wo dem Unternehmer ein Recht zu außerordentlicher Kündigung nur deshalb zugestanden werden müsse, weil ihm die Durchhaltung des Vertrags auf so lange Zeit nicht zuzumuten sei; dann müsse man aber regelmäßig vom Unternehmer die Einhaltung einer gewissen Kündigungsfrist verlangen. Die Frage ist namentlich in den Fällen schwerer wirtschaftlicher Notlage des Unternehmers aufgetaucht. Eine entsprechende Vorschrift hatte der Entwurf eines ArbVertrG. von 1923 (§ 146) unter grundsätzlicher Zustimmung von Hueck (Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf, S. 195) und Kreller (ArchZivPr., N. F., 5, 127) in Aussicht genommen. In neuester Zeit haben namentlich Stoll (DArbR. 2, 255 f.) und Siebert (Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 115, angezeigt JW. 1936, 311) den Gedanken wieder aufgenommen, und es ist wohl anzunehmen, daß die Frage in dem bevorstehenden Gesetz über das Arbeitsverhältnis durch eine ausdrückliche Bestimmung erledigt werden wird. Für das heutige Recht hat das RArbG. es bisher abgelehnt, ein Recht zu außerordentlicher Kündigung mit gewisser Frist bei minder wichtigen Gründen anzuerkennen, weil eine so weitgehende Auslegung der bestehenden Gesetze unmöglich erscheine (JW. 1933, 1277).

Im vorliegenden Fall hält das ArbG. Hamburg einen wichtigen Grund zu fristloser Entlassung nicht für gegeben, will aber eine befristete außerordentliche Kündigung zulassen. Die Gründe, mit denen es seine Entsch. rechtfertigt, sind neu, aber nicht in jeder Beziehung überzeugend. Das Gericht hat aus einer Reihe von Gesichtspunkten die Überzeugung geschöpft, daß ein wichtiger Grund zu sofortiger Entlassung des Kl., der trotz Verwarnung wiederholt betrunken zum Dienst gekommen ist, nicht vorliege: langjährige Dienstzeit in demselben Betriebe, ungünstige Arbeitsbedingungen, unter denen die Neigung zum Alkoholmißbrauch stark begünstigt worden ist, mangelnde persönliche Fürsorge seitens des Betriebsführers. Damit gibt das Gericht zu erkennen, daß es den im ArbOG. hervorgehobenen neuen arbeitsrechtlichen Grundsätzen weitgehend Einfluß auf die rechtliche Würdigung des Tatbestandes eingeräumt hat. Auf der andern Seite hält aber das Gericht die Umstände für ausreichend, um eine Lösung des Vertrags mit einer kürzeren als der gesetzlichen Frist zu rechtfertigen. Deshalb werden dem Kl. die vertragsmäßigen Bezüge noch auf rund drei Monate zugesprochen, während er sonst gemäß den hier anzuwendenden Vorschriften des KündSchG. erst nach Ablauf von rund neun Monaten hätte entlassen werden können. Auch insoweit hätte die Entsch. sich aus dem Gedankenkreise des ArbOG., besonders aus der gegenseitigen Treupflicht der Betriebsverbundenen, wohl rechtfertigen lassen (vgl. Siebert a. a. O. und namentlich die Entsch. des LArbG. Leipzig v. 6. Okt. 1933 [ArbRSamml. 19, 138], die schon vor dem Erlaß des ArbOG. in bemerkenswerter Weise Gedanken dieser Art entwickelt hat).

Das ArbG. Hamburg schlägt aber hier einen andern Weg ein, auf dem man ihm kaum wird folgen können. Weil im Gebiete des Sozialrechts „das Bedürfnis nach sachlicher Gerechtigkeit in jedem Einzelfall“ gegeben sei, will das Gericht „in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen“ anstatt der außerordentlichen entfristeten Kündigung eine außerordentliche angemessen befristete Kündigung zulassen. Es ist nicht klar, was das Gericht unter „sachlicher Gerechtigkeit in jedem Einzelfall“ versteht. Angenommen, das Gericht hätte das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu sofortiger Entlassung bejaht; dann mochte der betroffene Angestellte das Urt. als hart empfinden. Aber war es darum ungerecht? Ebenso hätte es dem Unternehmer hart erscheinen mögen, wenn der wichtige Grund schlechthin verneint worden wäre, und trotzdem hätte man das Urt. auch in diesem Falle nicht ungerecht nennen können. Vom Standpunkt der vorl. Entsch. aus gelangt man zu dem Grundsatz, daß in besonderen Ausnahmefällen ganz allgemein der Richter zur Änderung des Gesetzes befugt sei. Die „Freiheit vom Wort“, die das ArbG. Hamburg für sich in Anspruch nimmt, ist doch nichts anderes als Freiheit vom Gesetz. Das führt auf schiefe Bahn. Wer will dann noch dem Richter verwehren, immer dann, wenn ihm die Anwendung des Gesetzes im Einzelfall hart oder unbillig erscheint, eigenmächtig vom Gesetz abzuweichen?

Ein Eindringen solcher Grundsätze in die Rspr. möchte ich für bedenklich halten, obwohl ganz neuerdings von namhafter Seite ähnliche Gedanken laut geworden sind. Im Aprilheft der DJZ. (1936, 414 ff., bes. 421) hat Stoll bei dem bemerkenswerten Versuche, die Grundsätze der Interessenjurisprudenz mit dem Gemeinschaftsgedanken des neuen Arbeitsrechts in Einklang zu bringen, sich dahin ausgesprochen, daß bei der Würdigung und Wertung der beiderseitigen Vertragsinteressen die Berücksichtigung außergewöhnlicher Umstände zuzulassen und zur Lösung der Schwierigkeiten dem Richter eine weit stärkere Einwirkung auf die Gestaltung des Schuldverhältnisses zu gewähren sei, als das geltende Recht sie anerkenne.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

## Reichsfinanzhof

**Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch**

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

**51.** § 23 Abs. 1 ErbschStG. 1925. — Ein Nachlaß wird durch eine bürgerlich-rechtlich bestehende Schuld nicht gemindert, wenn die Schuld wirtschaftlich keine Last bedeutet, z. B. ihre Bezahlung also vom Gläubiger nicht verlangt wird.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 26. März 1936, III e A 12/36.)

*

× **52.** §§ 28 Abs. 1, 44 Abs. 1, 45 Abs. 1 Nr. 2 RBewG. 1931; §§ 29 Abs. 1, 54 Abs. 1, 57 Abs. 1 RBewG. 1934. — Ob ein landwirtschaftlicher Betrieb eine selbständige wirtschaftliche Einheit oder als „Betriebsgrundstück“ eine Untereinheit des zugehörigen selbständigen kaufmännischen Absatzbetriebs ist, ist nach dem aus der planmäßigen Betriebsgestaltung und Betriebsführung sich ergebenden Hauptzweck des Unternehmens unter Abwägung der für und gegen die Einbeziehung der Landwirtschaft sprechenden Einzelumstände zu entscheiden und regelmäßig Tatfrage.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 26. März 1936, III A 95/35 S.)

×**53.** §§ 28 Abs. 2, 45 Abs. 1 Satz 2, 58 Abs. 1 Nr. 7 RBewG. 1931; §§ 29 Abs. 2, 57 Abs. 3, 67 Abs. 1 Nr. 2, 67 Abs. 1 Nr. 7 RBewG. 1934. — Wenn ein landwirtschaftlicher Betrieb einem gewerblichen Betriebsvermögen (als Betriebsgrundstück) zugerechnet wird, so fällt ein dem landwirtschaftlichen Betrieb dienender Bestand an Zahlungsmitteln, Geldforderungen, Wertpapieren und Geldschulden sowie ein Überbestand an umlaufenden Betriebsmitteln regelmäßig nicht in das „sonstige" Vermögen, sondern in das Betriebsvermögen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 26. März 1936, III A 94/35 S.)

*

**54.** §§ 1, 9 TabStG. Für Zigarren, die vom Hersteller nicht in seinem Betriebsbuch A angeschrieben worden sind, ist die Tabaksteuer spätestens in dem Zeitpunkt entstanden, in dem die Anschreibung hätte erfolgen müssen. Steuerschuldner ist der Hersteller.

(RFH., 4. Sen., Beschl. v. 18. März 1936, IV F 1/36.)

*

**55.** § 6 Abs. 1 Nr. 6 ZollTarG. Reisegerät i. S. von § 6 Abs. 1 Nr. 6 ZollTarG. ist nicht, was der Reisende selbst als solches angesehen wissen will, sondern sind nur die Gebrauchsgegenstände, die bei objektiver Beurteilung nach den persönlichen Verhältnissen des Reisenden, besonders nach seinen Lebensgewohnheiten (Bedürfnissen) und seinem Gesundheitszustand sowie nach dem Zweck und der Dauer der Reise zum persönlichen Gebrauch oder zur Ausübung des Berufs auf der Reise für ihn erforderlich sind.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 18. März 1936, IV A 165/35.)

*

**56.** § 198 Abs. 1 RAbgO. Bei grober Verletzung wesentlicher Aufsichtsvorschriften in Betrieben, die der Steueraufsicht unterliegen, wird für die Untersagung des Betriebs nach § 198 Abs. 1 RAbgO. Steuerhinterziehungsabsicht nicht gefordert.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 5. Febr. 1936, IV B 20/35.)

*

**57.** §§ 284 Abs. 1 Satz 2, 261 Abs. 1 RAbgO. 1931. Das FinGer. kann eine Sache auch dann nach § 284 Abs. 1 Satz 2 RAbgO. an das FinA. zurückverweisen, wenn eine Einspruchsentscheidung infolge Einlegung einer Sprungberufung (§ 261 Abs. 1 RAbgO.) unterblieben ist. Das FinA. hat in diesem Falle als Einspruchsbehörde zu entscheiden. Das FinGer. hat bei der Zurückverweisung den angefochtenen Steuerbescheid nicht aufzuheben; dieser bleibt vielmehr Gegenstand der Nachprüfung durch die Einspruchsbehörde.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 8. Mai 1936, V A 192/35 U.)

## Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

[○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt]

** ○ **58.** §§ 28, 29 Abs. 1 RVO. Ansprüche auf Rückstände i. S. des § 28 Abs. 1 RVO. unterliegen auch nach Einleitung des Beitreibungsverfahrens der zweijährigen Verjährung gem. § 29 Abs. 1 RVO.

Das VersA. hat in den Gründen seiner Entsch. ausgeführt, auch nach rechtskräftiger Feststellung der Beitragsforderung laufe nicht eine 30jährige, sondern eine zweijährige Verjährungsfrist. Diese Frage brauchte hier nicht erörtert zu werden, weil jedenfalls eine rechtskräftig festgestellte Forderung nicht vorliegt. Eine solche wird ohne weiteres namentlich dann angenommen werden können, wenn der Anspruch förmlich durch einen rechtskräftigen Bescheid oder eine rechtskräftige Entsch. im Verfahren der RVO. festgestellt worden ist. Ebenso würde auch eine Feststellung der Forderung im Konkursverfahren zu beurteilen sein. Darum handelt es sich hier aber nicht, sondern zunächst um einen gem. § 28 Abs. 1 RVO. erteilten Vollstrekkungsauftrag der als ein einseitiger Verwaltungsakt der Kasse als Gläubiger einer rechtskräftigen Feststellung der Forderung nicht gleichsteht. Ebensowenig vermögen die in Verfolg dieses Vollstreckungsauftrages eingeleiteten Zwangsmaßnahmen der ihnen zugrunde liegenden Forderung den Charakter eines rechtskräftig festgestellten Anspruchs zu geben.

Aber auch die vom OVersA. vertretene Ansicht, daß mit der Einleitung der Zwangsbeitreibung die im § 29 Abs. 1 RVO. angeführten Rückstände den Charakter von Gemeindeabgaben annähmen, da sie gem. § 28 Abs. 1 RVO. wie solche beigetrieben würden, und demgemäß auch hinsichtlich der Verjährung wie diese zu behandeln seien, geht fehl. Denn § 28 Abs. 1 RVO. besagt nur, daß die Rückstände in derselben Art und Weise wie Gemeindeabgaben, d. h. nach demselben Verfahren, beigetrieben werden sollen. Demnach finden zwar die für dieses Verfahren geltenden Vorschr. der einschlägigen Gesetze Anwendung, keinesfalls verändern aber mit Einleitung der Beitreibung diese Rückstände ihren ursprünglichen Charakter als rückständige Beiträge. Sie unterliegen daher in materiellrechtlicher Beziehung auch weiterhin den Vorschr. der RVO. Nach diesen ist namentlich die Frage zu entscheiden, ob der Beitragsanspruch gegeben oder etwa wegen eingetretener Verjährung ausgeschlossen ist. Deshalb findet insbes. auch die Vorschr. des § 88 Abs. 1 PrKommAbgG., die eine vierjährige Verjährungsfrist für zur Hebung gestellte rückständige Gemeindeabgaben vorsieht, hier keine Anwendung, weil es sich dabei nicht um eine verfahrensrechtliche, sondern um eine materiellrechtliche, das Bestehen des Anspruchs selbst betreffende Vorschr. handelt, die sich als solche nur auf die Gemeindeabgaben bezieht. Ihre Anwendung auf andere öffentlich-rechtliche Ansprüche ist im Zweifel auch dann ausgeschlossen, wenn für ihre Beitreibung das gleiche Verfahren gilt, wie für Gemeindeabgaben.

(RVersA., BeschlSen. der Abt. für Kranken- und InvVers., Entsch. v. 27. Febr. 1936, II K 112/35 BS.) [K.]

*

**59.** §§ 80, 1670, 1679, 1681, 1696 Ziff. 3 RVO. Zur Frage der Entsch. über die Kosten im Spruchverfahren der Sozialversicherung. Unzulässigkeit der Revision auch bei irrtümlicher Entsch. über gerichtliche Kosten.

Nach ständiger Rspr. des RVersA. gehören die Kosten einer auf Grund von § 1681 RVO. angeordneten Beweisaufnahme nicht zu den außergerichtlichen Kosten i. S. der §§ 1670, 1679 RVO., deren Erstattung durch den Gegner im Feststellungsverfahren verfolgt werden kann, sie sind vielmehr als gerichtliche Verfahrenskosten anzusehen und nach § 80 RVO. zu behandeln (vgl. RVersANachr. 1919, 202; ANachrfRVers. 1930, IV, 260 = EuM. 27, 395 Nr. 117; 27, 417 Nr. 159; 31, 433 Nr. 181; 33, 518 Nr. 188). Da es sich sonach um gerichtliche Kosten handelt, liegt es im freien richterlichen Ermessen des OVersA., ob es dem Antragsteller die verauslagten Kosten zurückerstatten will. Dies wird regelmäßig nur dann zweckmäßig sein, wenn die Beweisaufnahme zur Aufklärung des Sachverhalts wesentlich beigetragen hat. Im Urteil ist jedoch darüber nicht zu entscheiden. Auch wenn das OVersA. in Verkennung dieser Grundsätze die nach § 1681 RVO. entstandenen Kosten als außergerichtliche angesehen und sie in seinem Urteil einer Partei auferlegt hat, so ändert sich nach der Entsch. des RVersA. (EuM. 27, 417 Nr. 159) dadurch der Rechtsmittelzug nicht. Obwohl also bei der Vorschrift des § 1696 Nr. 3 RVO. wohl in erster Linie an außergerichtliche Kosten gedacht ist, da nur über

solche durch Urteil zu entscheiden ist, im vorl. Falle es sich aber um gerichtliche Kosten handelt, so ist doch die lediglich der Kosten wegen eingelegte Rev. der Kl. nach § 1696 Nr. 3 RVO. unzulässig.

Daß die Kostenentsch. des OVersA. auch nicht im Wege der Beschw., sei es gem. § 1793 RVO. oder nach § 44 OVersAVO. v. 24. Dez. 1911 angefochten werden kann, ist in der Entsch. des RVersA. v. 11. Febr. 1933 (EuM. 33, 518 Nr. 189) ausdrücklich ausgesprochen.

(RVersA., 2. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 29. Jan. 1936, IIIa Kn 634/35 ².) [K.]

*

**o 60. §§ 315, 213 RVO. Versicherungsberechtigte erlangen durch Anmeldung und Beitragszahlung bei einer unzuständigen Kasse weder die Mitgliedschaft nach § 315 RVO., noch einen Leistungsanspruch nach § 213 RVO.

§ 213 RVO. bezieht sich, wie schon sein Inhalt klar und eindeutig ergibt, nur auf Personen, die weder versicherungspflichtig noch versicherungsberechtigt sind. Eine Einbeziehung der Versicherungspflichtigen und der Versicherungsberechtigten im Wege einer ausdehnenden Auslegung des Wortlauts der Vorschrift, der übrigens schon deren Natur als Ausnahmevorschrift entgegensteht, würde auch mit dem Sinn und Zweck des § 213 nicht vereinbar sein. Diese Vorschrift legt, wie in den Gründen der Entsch. 2109 (RVersANachr. 1915, 759 = EuM. 6, 109 Nr. 44) ausgeführt ist, der Kasse die Verpflichtung auf, die Versicherungspflicht oder die Versicherungsberechtigung der bei ihr angemeldeten Personen auf Grund der Angaben in der Anmeldung zu prüfen und die in Betracht kommenden Verhältnisse aufzuklären, um zu verhindern, daß Beiträge zu Unrecht geleistet werden. Unterläßt sie diese Prüfung oder irrt sie sich hierbei, so soll sie die Folgen tragen und als Ersatz für die eine gewisse Zeit in Empfang genommenen Beiträge auch die Leistungen gewähren (vgl. auch Entsch. 2411, RVersANachr. 1918, 169 = EuM. 9, 105 Nr. 39).

Besteht die Versicherungspflicht, so kommt für die Kassenzuständigkeit die Anwendbarkeit der die formale Kassenmitgliedschaft regelnden Vorschrift des § 315 RVO. in Frage. Danach hat, falls eine Kasse für einen Versicherungspflichtigen nach vorschriftsmäßiger Anmeldung drei Monate ununterbrochen und unbeanstandet die Beiträge angenommen hat, sie ihn, solange sich sein Beschäftigungsverhältnis nicht ändert, als Mitglied mindestens bis zu dem Tag anzuerkennen, wo der Kassenvorstand ihn oder seine Arbeitgeber schriftlich an eine andere Kasse verweist. Hiernach beschränkt sich die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Versicherungspflichtige. Versicherungsberechtigte erlangen durch Anmeldung und Beitragszahlung bei einer unzuständigen Kasse demnach die Mitgliedschaft nach § 315 RVO. nicht (ebenso Hahn-Kühne, Handbuch der Krankenversicherung S. 480, Anm. 2 zu § 315; vgl. auch EuM. 7, 119 Nr. 43 und Entsch. 2559, RVersANachr. 1920, 169 = EuM. 12, 267 Nr. 122).

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 15. Febr. 1936, IIa K 29/35 ².) [K.]

*

**o 61. Der Berechnung einer Abfindung nach § 51 Abs. 2 RKnappschG. ist der Betrag der Witwenrente zugrunde zu legen, der sich nach Anwendung der gesetzlichen und satzungsmäßigen Kürzungsvorschriften ergibt; gesetzliche und satzungsmäßige Ruhensvorschriften sind nicht zu berücksichtigen.

Bei Prüfung der Frage, in welcher Höhe die Witwenrente der Berechnung der Abfindung nach § 51 Abs. 2 RKnappschG. zugrunde zu legen ist, ist zwischen den echten Ruhens- und den Kürzungsvorschriften zu unterscheiden. Das Ruhen stellt, wie in der Entsch. 3754 (ANachrRVers. 1930, IV 248 = EuM. 27, 311 Nr. 122) ausgeführt ist, nur einen zufälligen, den Pensionsanspruch als solchen nicht beeinträchtigenden Umstand dar, es kann daher bei Berechnung der Abfindung einer Rente, die den Anspruch dauernd zum Erlöschen bringt, nicht berücksichtigt werden. Dagegen ist eine von Gesetz oder Satzung vorgenommene Kürzung der Rente eine dauernde, nicht von einem zufälligen Umstand abhängige Änderung der Rente, die bei Berechnung der Abfindung berücksichtigt werden muß. Der vom RVersA. in der genannten Entsch. 3754 aufgestellte Grundsatz, wonach die Abfindung der Witwe mit dem dreifachen Jahresbetrag der ungekürzten Pension erfolgen müsse, ist, wie aus der Begründung der Entsch. hervorgeht, dahin aufzufassen, daß unter der „ungekürzten" Zahlung lediglich die Nichtberücksichtigung von echten Ruhensvorschriften zu verstehen ist. Ist die Rente nach gesetzlichen oder satzungsmäßigen Vorschriften gekürzt, so ist die Abfindungssumme grundsätzlich nach dem verminderten Betrage der Witwenpension zu berechnen.

(RVersA., 2. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 29. Jan. 1936, IIIa Kn 1054/35 ².) [K.]

## Reichsversorgungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts abgedruckt]

62. Anspruch auf Feststellung der Versorgung v. 1. Jan. 1923 an haben auch Altrentner, die nach § 1 Abs. 2 ARG. die Versorgung nach den früheren Militärversorgungsgesetzen gewählt hatten, wenn sie nachträglich die Versorgung nach dem ARG. gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 geltend machen.

(RVersorgGer., Urt. v. 6. Jan. 1936, M 5096/33 2.)

*

**63. Bei der Feststellung des Anrechnungseinkommens nach der 3. VO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen v. 6. Okt. 1931 Teil 3 Kap. V — Pensionskürzung — Abschn. II (RGBl. I, 537, 549) sind Zuwendungen, die vom Arbeitgeber mit Rücksicht auf das Vorhandensein von Kindern gewährt werden, vom Arbeitslohn (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 EinkStG. v. 10. Aug. 1925 [RGBl. I, 189, 190]) nicht abzusetzen.

(RVersorgGer., Urt. v. 13. Febr. 1936, M 409/35, 8; Grds. E.)

*

64. Steht auf Grund eines rechtskräftigen Berichtigungsbescheides nach § 65 Abs. 2 VerfG. fest, daß Versorgungsgebührnisse zu Unrecht gezahlt worden sind, so ist die an Stelle von Rente gewährte Kapitalabfindung auf Erfordern der Behörde zurückzuzahlen. Bei der Rückforderung der Kapitalabfindungssumme ist jedoch in diesem Falle dem Kl. der Betrag zu belassen, den er als Rente bezogen hätte, wenn er nicht abgefunden worden wäre.

(RVersorgGer., Urt. v. 26. Febr. 1936, M 5825/35, 11; Grds. E.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Bechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Durchschnittsaufl. 2. Vj. 36: 20675.